

ROBERT PETER

**Freie Benutzung
und abhängige Nachschöpfung
im musikalischen Urheberrecht**

München

1959

Freie Benutzung und abhängige Nachschöpfung im musikalischen Urheberrecht

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München



vorgelegt von

Robert Peter
Rechtsreferendar

1959

5349/60

Referent: Prof. Dr. Eugen Ulmer

Correferent: Prof. Dr. M. Ferid

Tag der mündlichen Prüfung: 17. 7. 1959

(Schlußberatung)

*Meinen Eltern
in Dankbarkeit gewidmet*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555221_0095

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	9
Vorwort	13

I. ABSCHNITT:

Das Tonkunstwerk und seine Schutzkriterien als theoretische Grundlage der Begriffe „freie Benutzung“ und „abhängige Nachschöpfung“ in der Musik

§ 1	Der Rechtsbegriff des geschützten Werkes der Tonkunst . . .	16
	I. Das Tonkunstwerk als sinnlich wahrnehmbares Einzelgebilde	16
	II. Das Tonkunstwerk als individuelle, musikalische Schöpfung	17
§ 2	Die künstlerische Individualität des Tonkunstwerkes als wesentlichstes schutzbegründendes und schutzbegrenzendes Merkmal .	19
	I. Die geschützten und ungeschützten Elemente des Kunstwerks in der urheberrechtlichen Lehre und Praxis . . .	19
	1) Form und Inhalt	19
	2) Differenzierungen der Lehre von Form und Inhalt (Stufen der Formgebung)	20
	3) Individuelle Werkszüge und künstlerisches Allgemeingut	22
	4) Zusammenfassung	23
	II. Die musikalisch-künstlerischen Elemente des Tonwerkes .	24
	1) Die theoretisch und technischen Elemente der Musik .	26
	2) Die intuitiven Elemente des Tonwerkes	28
	3) Die „Komposition“ als Verbindung theoretisch-technischer Elemente	30
	III. Das Verhältnis der urheberrechtlichen Schutzelemente zur inneren Ordnung des Tonkunstwerkes	31
	1) Die künstlerische Individualität als graduell dehnbarer Begriff	31
	2) Die innere Ordnung des Kunstwerks als Qualifikation künstlerischer Individualität	32

II. ABSCHNITT:

Begriff und Wesen der freien Benutzung und abhängigen Nachschöpfung

§ 3	Die Tradition als Ausgangspunkt musikalischen Werkschaffens	35
I.	Künstlerisches Allgemeingut als Grundlage des Tonkunstwerks	36
II.	Musikalische Vorbilder als Quelle künstlerischer Inspiration	36
§ 4	Die urheberrechtliche Bindung des Überlieferten und ihre Notwendigkeit	37
I.	Der urheberrechtsfreie Raum und seine Grenzen	37
1)	Künstlerisches Allgemeingut	37
2)	Schutzunfähige Werkteile	38
3)	Gemeinfreie Werke	39
II.	Der Bereich des Urheberrechtsschutzes und dessen Berechtigung	39
§ 5	Die freie Benutzung und die abhängige Nachschöpfung als Ergebnis der Notwendigkeit der Benutzung vorgegebenen Gedankengutes einerseits und dessen urheberrechtlicher Bindung andererseits	40
I.	Der Interessenwettstreit zwischen dem Schutz alten und der Förderung neuen Werkschaffens und seine Lösungsmöglichkeiten	40
II.	Die gemeinsamen Begriffsmerkmale der freien Benutzung und der abhängigen Nachschöpfung	41
1)	Das Merkmal der Schöpfung	41
2)	Das Merkmal der Nachschöpfung	42
III.	Definition	42

III. ABSCHNITT:

Das Rechtsproblem der Grenzziehung zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung im Urheberrecht allgemein

§ 6	Die Notwendigkeit und Bedeutung der Abgrenzung	43
§ 7	Die Abgrenzungskriterien in Gesetz, Wissenschaft und Praxis	44
I.	Die gesetzliche Regelung	44
II.	Die Abgrenzungsbemühungen in der Wissenschaft	45
III.	Die Abgrenzung in der höchstrichterlichen Praxis	49
IV.	Die Haltung der Entwürfe zur Urheberrechtsreform in der Abgrenzungsfrage	52
V.	Zusammenfassung und Würdigung	53
§ 8	Vorschlag eines Abgrenzungskriteriums	57

IV. ABSCHNITT:

Das spezielle Abgrenzungsproblem zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung in der Musik

§ 9	Der starre Melodienschutz	60
I.	Begriff und Wesen des starren Melodienschutzes	60
1)	Die gesetzliche Regelung und ihre Merkmale	61
2)	Der Rechtsbegriff der Melodie	63
3)	Das Verhältnis des starren Melodienschutzes zur Grund- satzregelung des § 13 Abs. 1 LitUrHG	66
II.	Zweckmäßigkeit und Berechtigung des starren Melodien- schutzes	67
§ 10	Einzelfragen der Abgrenzung	69
I.	Die musikalische Parodie	69
1)	Begriffsklärung	69
2)	Rechtliche Beurteilung	70
II.	Die Variation	72
1)	Begriffsklärung	72
2)	Rechtliche Beurteilung	73
III.	Das Musikzitat	75
1)	Begriffsklärung	75
2)	Rechtliche Beurteilung	76
IV.	Die Reminiszenz	77
1)	Begriffsklärung	77
2)	Rechtliche Beurteilung	77

V. ABSCHNITT:

Die Erscheinungsformen der abhängigen Nachschöpfung

§ 11	Die musikalische Bearbeitung	79
I.	Begriffsklärung	79
II.	Erscheinungsformen der musikalischen Bearbeitung	80
1)	Das Arrangement	80
2)	Die musikalische Improvisation	81
3)	Das Potpourri	83
4)	Die Fantasie und verwandte Formen	83
§ 12	Das musikalische Plagiat	84
I.	Begriffsklärung	84
II.	Die Erscheinungsformen des Plagiats	85
§ 13	Sonstige Formen der abhängigen Nachschöpfungen	87

LITERATURVERZEICHNIS

- Akademie für Deutsches Recht: Die Neugestaltung des deutschen Urheberrechts, Berlin und München 1939 (zit. Entw. 1939).
- Allfeld Ph.: Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst. Kommentar zu dem Gesetze vom 19. Juni 1901, sowie zu den internationalen Verträgen zum Schutze des Urheberrechts, 2. Auflage, München 1928.
- Baumann K.: Das Urheberrecht an der Melodie und ihre freie Benutzung, ein Beitrag zu den Grundlagen des musikalischen Urheberrechts, Aarau, 1940.
- Blessinger K.: Melodielehre, als Einführung in die Musiktheorie, Stuttgart 1930.
- de Boor H. O.: Urheberrecht und Verlagsrecht, Stuttgart 1917 (zit. de Boor UR).
- Vom Wesen des Urheberrechts. Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Kunst und der Photographie. Marburg 1933 (zit. de Boor, Vom Wesen).
- Brün P.: Das Urheberrecht am musikalischen Motiv. Diss. Heidelberg 1913.
- Bundesminister der Justiz: Referentenentwurf eines Urheberrechtsgesetzes mit Begründung, veröffentlicht am 15. 3. 1954 (zit. Entw. 1954).
- Cahn-Speyer R.: Zur Grenzbestimmung des Urheberrechts, in GRUR 1930 S. 755 ff.
- Cohn A. W.: Das Tonwerk im Rechtssinne. Diss. Breslau 1917.
- Dahlhaus C.: Harmonik, Kontrapunkt, Melodik, Musikästhetik, Rhythmik-Metrik. Tonsystem, Abhandlungen in Fischer Lexikon, Musik, S. 58 ff., 143 ff., 196 ff., 228 ff., 305 ff., 332 ff., Frankfurt 1957 (zit. Dahlhaus in Fischer Lex.).
- Daude P.: Die Reichsgesetze über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst und das Verlagsrecht, Berlin 1910.
- Dienstag-Elster: Handbuch des deutschen Theater-, Film-, Musik-, und Artistenrechts, Berlin 1931.

- Elster A.: Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1928 (zit. Elster UR).
- Das Gemeininteresse als Grenze des gewerblichen Rechtsschutzes, in GRUR 1921, S. 41 ff.
- Formgebung und Ausdrucksmittel in ihrer Bedeutung für das Recht des Urhebers, in Ufita 2, S. 595 ff. und 3, S. 371 ff.
- Idee und Formgebung, in Ufita 8, S. 44 ff.
- Selbstplagiat und Motivschutz, in GRUR 1928, S. 362 ff.
- Die Rechtspersönlichkeit des Urhebers und ihr Recht in der Volksgemeinschaft, in GRUR 1940, S. 404 ff.
- Elster-Hoffmann-Marwitz: Zur deutschen und österreichischen Urheberrechtsreform, in Ufita 2, S. 125 ff.
- Engländer K.: Gedanken über Begriff und Erscheinungsformen des musikalischen Plagiats, in Ufita 3, S. 20 ff.
- Engländer R.: Das musikalische Plagiat als ästhetisches Problem, in Ufita 3, S. 33 ff.
- Fichte J. G.: Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, in J. G. Fichte, „Sämtliche Werke“, Band 8, S. 223 ff.
- Gatz F. M.: Musik-Ästhetik in ihren Hauptrichtungen, Stuttgart 1929.
- Gerst A.: Der Gegenstand des musikalischen Urheberrechts und das Recht an der Melodie als Recht des Urhebers, Diss. Erlangen 1912.
- Goldbaum W.: Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, Kommentar, 2. Auflage Berlin 1927 (zit. Goldbaum UR).
- Hartmann N.: Problem des geistigen Seins, Berlin 1933.
- Hein H. G.: Das Plagiat in der Tonkunst, Diss. Köln 1935.
- Hindemith P.: Unterweisung im Tonsatz (Theoretischer Teil), Mainz 1937
- Hoffmann W.: Gedanken zum Problem des urheberrechtlichen Formenschutzes, in GRUR 1930, S. 747 ff.
- Urwerk und Bearbeitung, in GRUR 1935, S. 778 ff.
- Hoffmann-Ritter: Das Recht der Musik, Leipzig 1936.
- Holstein: Motiv und Melodie. Ein Beitrag zu den begrifflichen Grundlagen des musikalischen Urheberrechts, in GRUR 1915, S. 135 ff.
- Hubmann H.: Das Recht des schöpferischen Geistes, eine philosophisch-juristische Betrachtung zur Urheberrechtsreform, Berlin 1954 (zit. Hubmann, schöpf. Geist).

- Kohler J.: Das Autorrecht, Jena 1880 (zit. Kohler, Autorrecht).
- Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1907 (zit. Kohler UR).
- Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz, Mannheim 1892 (zit. Kohler, Kunstwerk).
- Kühnemann H.: Freie und unfreie Werknutzung im deutschen Urheberrechtsgesetzentwurf, in Ufita 1943, S. 9 ff.
- Kuhn F.: Der Gegenstand des Melodieschutzes nach § 13 Absatz II des Gesetzes betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, Diss. Leipzig 1909.
- Marwitz-Möhring: Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, Kommentar, Berlin 1929.
- Marx P.: Begriff des Plagiats, in GRUR 1917, S. 179 ff.
- Matthei P.: Bearbeitung und freie Benutzung im Tonwerkrecht, Diss. Leipzig 1928.
- Mersmann H.: Angewandte Musikästhetik, Berlin 1926.
- Milkutat E.: Akustik, Abhandlung in Fischer Lexikon, Musik, S. 9 ff., Frankfurt 1957 (zit. Milkutat in Fischer Lex.).
- Moser H. J.: Musikästhetik, Berlin 1953. (zit. Moser).
- Musiklexikon, 4. Auflage, Hamburg 1955 (zit. Moser Lex.).
- Nitze H.: Das Recht an der Melodie, München und Leipzig 1912.
- Pauli F.: Das Recht an der Melodie und ihre freie Benutzung, Diss. Köln 1929.
- Petzold: Das musikalische Zitat, in Ufita 1937, S. 38 ff.
- Pfitzner H.: Gesammelte Werke, Augsburg 1926, 1929.
- Reichsjustizministerium: Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht an den Werken der Literatur, der Kunst und Fotografie mit Begründung, veröffentlicht Berlin 1932, (zit. Entw. 1932).
- Riedel: Schutz der Melodie, eine Betrachtung zum gegenwärtigen und zukünftigen Urheberrecht, in GRUR 1949, S. 236 ff.
- Riemann H.: Musiklexikon, 11. Auflage bearb. von A. Einstein, Berlin 1929, (zit. Riemann).
- Riezler E.: Deutsches Urheber- und Erfinderrecht. München und Berlin 1909.
- Runge K.: Urheber- und Verlagsrecht, Bonn 1949, (zit. Runge UR).
- Schramm C.: Der Schutzzumfang, in GRUR 1950, S. 403 ff.

- Schuster H.: Das Urheberrecht der Tonkunst in Österreich, Deutschland und andern europäischen Staaten, München 1891.
- Stephan R.: Fischer Lexikon, Musik, Frankfurt 1957.
- Strawinski j I.: Erinnerungen, ins Deutsche übertragen von Richard Tüngel, Berlin und Zürich 1937.
- Ulmer E.: Urheber- und Verlagsrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1951, (zit. Ulmer UR).
- Unger H.: Vom Klang zum Kunstwerk, Abhandlung, in Atlantisbuch der Musik, Berlin und Zürich 1934, S. 11 ff. (zit. Unger in Atlantisbuch).
- Wohlfahrt F.: Musikästhetik, Abhandlung, in Atlantisbuch der Musik, Berlin und Zürich 1934, S. 72 ff. (zit. Wohlfahrt in Atlantisbuch).

VORWORT

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit der rechtstheoretischen Abgrenzung der freien von der abhängigen Nutzung vorgegebenen Kunstgutes durch den an der Neuschöpfung musikalischer Werke arbeitenden Künstler. Sie versucht sich damit an der Beantwortung von vielschichtigen und unübersichtlichen Fragen, die trotz vielfacher Erörterung in Theorie und Praxis bis heute keine völlig befriedigende Beantwortung gefunden haben, obwohl sie mehrfach¹⁾, wohl nicht zu Unrecht, als die Kernfragen der urheberrechtlichen Theorie angesehen worden sind. Vielmehr hat ihre Erörterung verschiedentlich zu der resignierenden Erkenntnis geführt, daß eine allgemein gültige Lösung des Fragenkomplexes nicht möglich sei, sondern daß jeweils im Einzelfall konkrete Abgrenzungskriterien an Hand der Besonderheiten des zu beurteilenden Sachverhaltes gefunden werden müßten²⁾.

Dieses Endergebnis muß zwangsläufig unbefriedigend erscheinen und fordert daher nachhaltigen Widerspruch heraus. Dem Theoretiker muß es unzulänglich erscheinen, weil es der wissenschaftlichen Erkenntnismöglichkeit auf einer Ebene Grenzen zieht, in der diese Grenzen noch nicht liegen können, und auch dem Praktiker kann dieses Ergebnis nicht genügen, weil es gerade auf einem rechtlich wie künstlerisch undurchsichtigen Gebiet, in dem überdies besonders ausgeprägte Interessenkonflikte zu beurteilen sind, dem erkennenden Gericht einen so weiten Ermessensspielraum einräumt, daß die Gefahr weitgehender Rechtsunsicherheit unverkennbar ist.

Es gilt daher, aus theoretischen wie aus praktischen Gründen die Notwendigkeit dieser wissenschaftlichen Resignation zu widerlegen. Die vorliegende Arbeit soll dazu dienen, die bisherigen Bestrebungen in dieser Richtung aufzuzeigen, zusammenzufassen und fortzuführen.

Dieses Unterfangen rechtfertigt sich aus der vielfach unterschätzten, praktischen und wirtschaftlichen Bedeutung dieser Fragen für die Belange des Musikschaffenden und für das „Geschäft mit der Musik“. Wenngleich den Menschen im heutigen Zeitalter der Atomforschung und der beginnenden Weltraumfahrt, der Hast und des Materialismus vielfach der Vorwurf gemacht wird, für Kunstschaffen und Kunsterleben keine Zeit zu finden und die Kultur der Technik unterzuordnen, so wäre die aus dieser sicherlich bedingt richtigen Feststellung sich aufdrängende Folgerung auf eine relativ geringe praktische Bedeutung des „Rechtes der Kunst“ in der heutigen

I) vgl. z. B. Elster, Ufita 2, S. 595, ähnlich Hoffmann GRUR 1930, S. 747

II) de Boor UR S. 161, Runge UR S. 136

Zeit doch in keiner Weise berechtigt. Grund hierfür ist hauptsächlich der Umstand, daß das Recht sich eine Qualifizierung „künstlerischer“ Erscheinungen nicht anmaßt, sondern sich mit allen Erscheinungsformen der Musik befaßt, auch soweit diese seitens der Kunstästhetik nicht ohne weiteres oder nicht zweifelsfrei mit dem Prädikat „Musikwerk“ ausgestattet werden. Da deshalb die Gegenstände des musikalischen Urheberrechts nicht nur aus dem Bereich der Kunstmusik stammen, sondern auch und ebenso aus dem Reich der Operetten- und leichten Unterhaltungsmusik, aus der Welt des Schlagers, aus allen Sparten der Heimatmusik und nicht zuletzt aus dem mehr und mehr an praktischer Bedeutung gewinnenden Kreis der Jazzmusik erwachsen, stellt sich das musikalische Urheberrecht nicht als Spezialgebiet theoretisierender Begriffsjurisprudens dar, sondern steht im Brennpunkt des „musikalischen Geschäfts“, in dem sich die Interessen der zeitgenössischen Komponisten, der Verlags- und Orchesterarrangeure mit denen der Schallplatten- und Filmindustrie, der Musikverleger und der Rundfunkgesellschaften kreuzen und bekämpfen. Wenn man überdies bedenkt, daß ein Weltschlager sich in der heutigen Zeit als Millionengeschäft qualifiziert und für seinen künstlerischen wie wirtschaftlichen „Schöpfer“ den „großen Wurf“ bedeuten kann, so wird deutlich, daß nicht nur der vielfach geschäftsuntüchtige Musiker und Künstler, sondern auch der erfahrene „businessman“ sich mit der Musik in ihren Erscheinungsformen befaßt und seinen Gewinn an ihr sucht. Es ist ein Lebensgesetz, daß sich dort, wo der Wohlstand zu finden ist, am ehesten Interessenkonflikte einstellen und sich bald auch Parasiten finden und es ist kaum verwunderlich, daß auch die Kunstwelt nicht von solchen verschont bleibt. Diese zu bekämpfen ist eine der wesentlichsten Aufgaben des musikalischen Urheberrechts, und vornehmlich dieser Aufgabe dient die in dieser Arbeit behandelte Abgrenzung der freien Benutzung von der abhängigen Nachschöpfung, die nur bei lebensnaher, den künstlerischen wie wirtschaftlichen Bedürfnissen der Geistesschaffenden gerecht werdenden Grenzziehung eine wirksame Waffe zur Plagiatbekämpfung bieten kann.

Das praktische Gewicht, das den in diesem Zusammenhang behandelten Fragen zukommt, erschöpft sich aber nicht in der Plagiatauffindung und -bekämpfung, sondern liegt darüber hinaus in dem weiten künstlerischen und wirtschaftlichen Raum, den die unverschleierte, nicht plagiatorische Nachschöpfung auf dem Gebiet der zeitgenössischen Musik einnimmt. War von der Zeit der Entstehung der Meisterwerke unserer klassischen Kunstmusik an bis in die ersten Jahrzehnte unseres Jahrhunderts herein die musikalische Bearbeitung noch eine in der Regel als unkünstlerisch verpönte, seltene Erscheinung, deren Erscheinungsformen sich in der gelegentlichen Umarbeitung eines Orchesterwerks in eine „Salonorchesterbearbeitung“ oder der Verfassung einer „Fantasie“ oder eines Potpourris über bekannte Themen erschöpfte, so ist heute, abgesehen von den Werken der Kunstmusik, kaum eine Schallplatte oder eine Orchesterdarbietung zu hören, die ein Originalwerk in unbearbeiteter Form wiedergibt.

Nicht nur in der Jazzmusik, sondern auch in der weitgehend vom Jazz im weitesten (nicht immer im besten) Sinn beeinflussten Tanz- und modernen Unterhaltungsmusik, ist der Musiker, der ausschließlich die vom Autor erfundenen und niedergelegten Noten spielt, eine Seltenheit geworden. Jedes größere Ensemble, etwa vom Quintett an aufwärts, formt sein Repertoire aus Arrangements, die von einem Orchestermitglied oder einem sonstigen, geeigneten Künstler oft mit großem, künstlerischen Einfühlungsvermögen und mit schöpferischer Gestaltungskraft, oft auch nur mit kunsthandwerklicher Tüchtigkeit speziell für die Mittel und das technische Können des Ensembles und seiner Mitglieder verfaßt werden. Die Mehrzahl der kleineren Ensembles musiziert frei nach dem Schema des vorgegebenen Werks, über das nur manchmal ein eigenes, festliegendes, oft nur abgesprochenes Arrangement gebildet wird. In der Kunstmusik und teilweise in der Unterhaltungsmusik beschränkt sich allerdings auch heute noch das Gehörte in der Schöpfung des Komponisten.

Ohne daß hier, entsprechend der neutralen Stellung des Urheberrechts, zu entscheiden ist, welche dieser beiden Formen des Musizierens das unmittelbarere, künstlerische Erlebnis vermitteln kann, ist doch nicht zu übersehen, daß der Nachschöpfer, der im aufgezeigten Rahmen die Kunst der Instrumentierung, der Modulation und der Variation ausübt und der das Fluidum musikalischer Dynamik in dem oft kärglichen Rahmen des vom Autor vorgegebenen Werkes schafft, eine noch zur Zeit der Kodifizierung des deutschen Urheberrechts in dieser Bedeutung unbekannte Figur verkörpert, die Wertung und Beachtung finden muß.

Abschließend erscheinen einige kurze Bemerkungen zu dem Aufbau der Arbeit angezeigt.

Den logischen Ausgangspunkt muß der Rechtsbegriff des Tonwerkes in seiner künstlerischen Individualität bilden. Hierbei wird einerseits im Interesse theoretischer Vollständigkeit und Folgerichtigkeit eine Zusammenfassung bekannter, urheberrechtlicher Grundgedanken über den Werkbegriff und seine Schutzkriterien unvermeidlich sein, andererseits ist zur Wahrung der dem Urheberrecht wesenseigenen Kunstgebundenheit in aller Kürze auf einige musikwissenschaftliche und -ästhetische Einzelheiten hinsichtlich der Elemente des Tonkunstwerkes einzugehen.

Die im Aufbau auf dem Werkbegriff zu entwickelnden und zunächst in Bezug auf ihre Abgrenzung neutral zu definierenden Begriffe der freien Benutzung und der abhängigen Nachschöpfung bilden sodann die Grundlage für das Kernproblem des Plagiatschutzes, die Abgrenzung beider Erscheinungen.

Der Versuch, diese Abgrenzung zunächst für das Urheberrecht im allgemeinen durchzuführen, wird im Hinblick auf das spezielle Abgrenzungsproblem in der Musik unternommen werden, das eine Klärung nur dann finden kann, wenn es als Spezifikum der allgemeinen Regelung gegenübergestellt wird. Abschließend sind Einzelheiten der Abgrenzung und des Rechtes an der abhängigen Nachschöpfung zu erörtern.

I. ABSCHNITT

Das Tonkunstwerk und seine Schutzkriterien als theoretische Grundlage der Begriffe „freie Benutzung“ und „abhängige Nachschöpfung“ in der Musik

§ 1 Der Rechtsbegriff des geschützten Werkes der Tonkunst

Ausgangspunkt einer urheberrechtlichen Betrachtung der Begriffe „freie Benutzung“ und „abhängige Nachschöpfung“ ist das urheberrechtlich geschützte Werk im allgemeinen, im Falle der vorliegenden, auf das musikalische Urheberrecht beschränkten Betrachtung, das Tonkunstwerk im besonderen. Das geschützte Werk, das sowohl den wirtschaftlich-praktischen als auch den rechtstheoretischen Gegenstand freier Benutzung oder abhängiger Nachschöpfung bildet, indem es entweder als Grundlage unabhängigen Neuschaffens dient oder zu einem abhängigen Kunstwerk umgebildet wird, muß notwendig die logische Grundlage einer Begrenzung der Begriffe „freie Benutzung“ und „abhängige Nachschöpfung“ und einer Eingliederung dieser Begriffe in das System der Urheberrechtslehre sein.

Dieser Umstand zwingt dazu, an die Spitze dieser Betrachtung eine Erörterung des Tonwerkbegriffes und seiner Wesensmerkmale zu stellen, um damit die Grundlage für die Lösung des gestellten Definitions- und Abgrenzungsproblems zu schaffen.

Der Begriff des geschützten Werkes ist wegen seiner zentralen Stellung als generelles Objekt jeglichen urheberrechtlichen Schutzes ein viel erörterter Grundbegriff des Urheberrechts. Die vorliegende Arbeit hat sich, um nicht ihren Rahmen zu sprengen, darauf zu beschränken, den nach herrschender Lehrmeinung und Praxis gültigen Rechtsbegriff des Tonkunstwerkes zu beschreiben und auf das in späterem Zusammenhang grundlegende Wesen der „Individualität“ des Tonkunstwerkes einzugehen.

I. Das Tonkunstwerk als sinnlich wahrnehmbares Einzelgebilde

1) Das Tonkunstwerk, wie auch das geschützte Werk generell, genießt urheberrechtlichen Schutz nur als Einzelgebilde, als logisch begrenzbares „Etwas“. Hierdurch grenzt es sich ab von der künstlerischen Gattung. Schutzlos bleiben der künstlerische Stil, System und Methode des Werkschaffens und die Weise der technischen Behandlung, die sowohl dem Ur-

heber selbst¹⁾), als auch Dritten als Vorbild für weiteres Schaffen dienen können. Dies ist einhellige Meinung von Lehre und Praxis²⁾).

2) Ein geschütztes Werk entsteht ferner erst dadurch, daß es seine geistige Heimat, die Gedankensphäre des Urhebers, verläßt und nach außen hin in Erscheinung tritt. Solange der Autor seine Schöpfung, mag sie auch zu ihrer endgültigen Gestalt gediehen sein, für sich behält, benötigt sie und genießt sie keinen rechtlichen Schutz. Dieser setzt erst ein, wenn das Werk in seiner Eigenständigkeit ins Leben getreten ist.

Hinsichtlich dieses Wesensmerkmals des geschützten Werks gehen die Lehrmeinungen nur im Ergebnis einig, während die Art der Formulierungen dieser Schutzvoraussetzung starke Differenzen aufweist.

Ulmer³⁾ beispielsweise fordert die „Erkennbarkeit des Werkes“ und erblickt diese in einer erstmaligen, sinnlichen Wahrnehmbarkeit; nach Dienstag-Elster⁴⁾ ist eine „gestaltete Form“ notwendig, „die sich selbständig und objektiviert als ein eigenartiges Etwas ergreifen und wiedergeben läßt“, de Boor⁵⁾ schließlich hält die Möglichkeit einer Mitteilung an „unbeteiligte Dritte“ für erforderlich.

Diese Beispiele aus der Lehre zeigen, daß die Schutzfähigkeit des Werkes im Falle jedes Hervortretens aus der Persönlichkeitssphäre des Autors anerkannt wird, was zweifellos den Bedürfnissen und dem Wesen des Werk-schutzes entspricht. Hinsichtlich der Formulierung verdient das klare Erfordernis der „sinnlichen Wahrnehmbarkeit“ den Vorzug, da es einmal in sachlicher Hinsicht eindeutig und von der Praxis unschwer zu erfassende Grenzen zieht und zum anderen alle denkbaren Fälle möglicher Schutznotwendigkeit umfaßt.

II. Das Tonkunstwerk als individuelle musikalische Schöpfung

1) Ein sinnlich wahrnehmbar gewordenes Einzelgebilde kann nur dann ein Tonwerk sein, wenn es aus den künstlerischen Elementen der Musik gebildet ist. Hierdurch grenzt sich das Tonkunstwerk begrifflich in zweifacher Hinsicht ab.

Es unterscheidet sich von allem optisch wahrnehmbaren, nicht musikalischen Kunstgut, in erster Linie von den Schriftwerken, deren Grenze zum Tonkunstwerk in dem schon von Schuster⁶⁾ aus dem Bereich des Tonwerk-rechts ausgeschiedenen „Werk über Musik“ zu ersehen ist⁷⁾.

Es zieht sich eine zweite Grenze zu allen akustisch wahrnehmbaren, aber jenseits des musikalischen Gedankenbereichs liegenden Erscheinungen, die

¹⁾ RG 119, 408

²⁾ Ulmer UR S. 81, Riezler UR S. 214, Dienstag-Elster, Handbuch S. 2, Kohler UR S. 146, ähnlich de Boor UR S. 79, 85, der von „Sprachform“ spricht, ebenso Daude UR S. 7, 8, sowie Runge UR S. 18, ähnlich auch Goldbaum UR S. 20 und Cohn Diss. S. 34, die ein „Erzeugnis“ voraussetzen, ferner RG in ständiger Rechtsprechung vgl. RG 108, 65; 116, 292; 119, 408

³⁾ UR S. 81

⁴⁾ Handbuch S. 2

⁵⁾ UR S. 85

⁶⁾ Das Urheberrecht der Tonkunst S. 51

⁷⁾ so auch Gerst Diss. S. 9

das musikalisch-künstlerisch geordnete Geräusch, den Wohlklang, von der übrigen akustischen Skala des menschlichen Gehörs trennt. Daß hierin ein schwieriges und mit zeitloser Allgemeingültigkeit wohl gar nicht zu lösendes, ästhetisches wie rechtliches Abgrenzungsproblem liegt, beruht auf der Dehnbarkeit und Relativität des musikalisch-künstlerischen Wesensbegriffes.

Kann beispielsweise ein Künstler, der durch elektrotechnische Hilfsmittel ein kompliziertes, akustisch reizvolles System von elektronischen Geräuschen schafft, sich mit Mitteln des Tonwerkrechts vor Nachahmung schützen? Oder kann ein fortschrittlicher Pädagoge, der den Bewegungstrieb von Kindern in eine geordnete Geräuscherzeugung umsetzt und auf diese Weise ein systematisches, einheitliches Gebilde von akustischen Effekten erzielt, als musikalischer Urheber angesehen werden?

Diese Grenzfragen sind in dem gegebenen Zusammenhang nicht zu beantworten. Die zu ziehende Grenze ist aufgezeigt, sie verläuft dort, wo die Musik als künstlerisch-ästhetischer Begriff endet, da begriffsnotwendig nur ein „Werk der Musik“ als Tonkunstwerk in Betracht kommen kann.

2) Das urheberrechtlich geschützte Werk muß sich als individuelle, originelle, geistige Schöpfung darstellen, um schutzfähig und schutzwürdig zu sein.

Dieses grundlegende Erfordernis urheberrechtlichen Werkschutzes ist in Wissenschaft und Praxis einheitlich anerkannt. Es besteht Einigkeit darüber, daß der Urheberrechtsschutz auf dem geistigen Schaffen beruht, dessen Früchte er dem Urheber als dem Träger „geistigen Eigentums“ erhalten soll und daß dieser Schutz nur einer neuen, eigenartigen Schöpfung zukommen soll.

Kohler⁸⁾ umschreibt diese Feststellung sehr plastisch. „Das Autorrecht ist das Recht an einer Schöpfung, es beruht darauf, daß die schaffende Kraft des Geistes ein neues, vorher nicht vorhandenes Ereignis hervorgebracht hat.“

In entsprechender Weise mit im Kern unwesentlichen Differenzierungen äußert sich die einhellige Lehre und Praxis⁹⁾, so daß insoweit das theoretische Fundament des Werkbegriffes gesichert erscheint.

Dagegen sind hierüber hinaus eine Reihe von Versuchen unternommen worden, den Werkbegriff durch Erarbeitung weiterer Begriffsmerkmale weiter zu differenzieren und zu präzisieren. Eine der bedeutsamsten Bestrebungen in dieser Richtung beruht auf der Erkenntnis einer Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen geschützten Werken und Geistesäußerungen des

⁸⁾ Autorrecht, S. 160

⁹⁾ Ulmer UR S. 82 „auf der geistigen Leistung beruhende Individualität“

Elster UR S. 93 „eigentümliche geistige Schöpfung“

Diensttag-Elster, S. 2 „eigenartiges Etwas“

de Boor UR S. 85 „individuelle geistige Schöpfung“ ferner

Allfeld LUG Anm. 36 zu § 1, Riezler S. 214, Goldbaum UR S. 19, Daude UR S. 7, 8, Runge

UR S. 18 sowie RG in ständiger Rechtsprechung z. B.

RG St 41, 401 „individuelle geistige Tätigkeit“

RG 108, 65 „Ergebnis selbständig schaffender Geistestätigkeit“

RG 116, 292 ff. ebenso

RG 153, 71 „eigenpersönliche, selbständige Schöpfung“

alltäglichen Lebens, die insbesondere in der Literatur unumgänglich erscheint, um etwa das Tischgespräch vom Lehrvortrag, den nichtssagenden Brief von der schutzfähigen Dichtung, abzugrenzen.

Kohler¹⁰⁾ leitete hieraus die Einschränkung ab, daß nur eine „künstlerische“ Gestaltung schutzfähig sei und entnahm den Maßstab hierfür aus der Zweckrichtung des Schaffens. Die ausführliche Kritik von de Boor¹¹⁾ hierzu hat zum Ergebnis, daß de Boor eine Objektivierung der Geistesäußerung voraussetzt, die er dahingehend versteht, daß die Geistesäußerung von einem gewissen Allgemeininteresse, von einer gewissen, objektiven Bedeutung sein muß, um zu einer Schutzfähigkeit der Geistesschöpfung zu führen. Zu diesen Erörterungen, die übrigens im Recht der Musik ohnehin sachlich kaum Raum finden, sei bemerkt, daß die Abgrenzung des schutzfähigen Werkes von den geistigen Produkten des täglichen Lebens, die zweifellos notwendig ist, zwanglos durch eine normative Auswertung des Begriffes der „individuellen Geistesschöpfung“ vorgenommen werden kann, ohne daß die Einführung neuer, ausfüllungsbedürftiger und vieldeutiger Begriffe erforderlich erschiene. Abschließend sei noch auf die Forderung Elsters¹²⁾ hingewiesen, die Schutzfähigkeit eines Werkes von dessen Wettbewerbsfähigkeit abhängig zu machen. Die Forderung dürfte als zu eng mit dem Wesen des Werkschutzes unvereinbar sein.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, daß ein schutzfähiges Tonkunstwerk in jeder sinnlich wahrnehmbaren, individuellen, musikalischen Einzelschöpfung zu ersehen ist.

§ 2 Die künstlerische Individualität des Tonkunstwerkes als wesentlichstes schutzbegründendes und schutzbegrenzendes Merkmal

I. Die geschützten und ungeschützten Elemente des Kunstwerkes in der urheberrechtlichen Lehre und Praxis

1) Form und Inhalt

Es war eine notwendige, und mit der fortschreitenden Entwicklung der urheberrechtlichen Dogmatik auf der Grundlage des geistigen Eigentums-gedankens schon bald gewonnene Erkenntnis, daß das geschützte Kunstwerk nicht in allen seinen Elementen, sondern nur in seiner Gestalt als Werk als solches dem Urheber vorzubehalten war. Für schutzfähig und schutzwürdig konnte und kann nur die auf der schöpferischen Leistung des Urhebers beruhende Eigenart des Werkes erachtet werden, von der das vom Autor übernommene und im Werk verarbeitete, künstlerische Allge-meingut praktisch wie dogmatisch zu trennen ist.

¹⁰⁾ UR S. 138

¹¹⁾ UR S. 80

¹²⁾ UR S. 93

Den ersten klaren Versuch einer theoretischen Abgrenzung in dieser Richtung hat schon Fichte in seiner Veröffentlichung „Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks (1791)¹³⁾ unternommen, der, ausgehend von philosophischem Gedankengut und beschränkt auf das Problem des Büchernachdrucks feststellte, daß mit dem Erscheinen eines Buches die darin enthaltenen Gedanken frei würden und daß nur die Form dieser Gedanken im Interesse des Urhebers Schutz finde. Hiermit war die in der Folgezeit zu einer allgemeinen Lehre entwickelte Unterscheidung von schutzfähiger Form und schutzunfähigem Inhalt entstanden. Wie so oft in der Rechtsentwicklung¹⁴⁾ war hierdurch für eine an sich richtige Erkenntnis ein terminus geprägt, der sich zwar allgemein durchsetzte, der aber doch nicht völlig geeignet war, die zu beschreibende Problematik zutreffend zu kennzeichnen und der dadurch Ursache für eine umfangreiche, wissenschaftliche Polemik wurde. Grund hierfür dürfte einmal der Umstand sein, daß die von Fichte in das Recht des Autorschutzes eingeführten, philosophischen Begriffe „Stoff“ und „Form“ sich mit der im Sprachgebrauch üblichen Deutung dieser Begriffe nicht decken, also mißverständlich sein müssen und zum anderen die Tatsache, daß die relativ starre Unterscheidung von „Form“ und „Inhalt“ auch bei zutreffender Begriffserfassung nur grundsätzlich, nicht aber ausnahmslos hinreicht, um die Vielgestaltigkeit künstlerischen Schaffens zu erfassen.

2) Differenzierungen der Lehre von Form und Inhalt

Den letztgenannten Mangel der Unterscheidung zwischen „Form“ und „Inhalt“ erkannte als erster Kohler¹⁵⁾.

Offenbar in der Erkenntnis, daß der Begriff der schutzfähigen „Form“ mindestens einer dogmatischen Ausfüllung bedurfte, um zur Begrenzung des urheberrechtlichen Werkschutzes geeignet zu sein, entwickelte er schon früh¹⁶⁾ die Lehre, daß die schutzfähige „Form“ nicht nur als äußerliche „Sprachform“ der Wort- oder Tonsprache, sondern auch als „innere Form“ der Ideenfolge in Erscheinung treten könne und daß bei Erzeugnissen der Dichtung auch der Stoff zur Schöpfung gehören könne. Hieraus zieht Kohler den Schluß¹⁷⁾, daß verschiedene, graduelle Stufen der Schöpfung zu unterscheiden seien, je nachdem, ob dem Autor nur die äußere Form, oder auch die innere Form, oder auch der Stoff ganz oder teilweise gehöre.

Im Rahmen seiner späteren Erörterungen¹⁸⁾ rückt Kohler im Zuge weiterer Differenzierung seiner Lehre von der Anerkennung einer möglichen Schutzfähigkeit von Werkstoff oder Werkinhalt ab, in dem er zwischen die Begriffe der geschützten, äußeren und inneren Form einerseits und des ungeschützten Inhalts andererseits den ästhetisch-dogmatischen Begriff des ebenfalls ge-

¹³⁾ „sämtliche Werke“ Bd. 8, S. 223 ff.

¹⁴⁾ vgl. hier nur z. B. den Begriff der „positiven Vertragsverletzung“

¹⁵⁾ UR S. 141 ff. Autorrecht S. 168 ff.

¹⁶⁾ Autorrecht a.a.O.

¹⁷⁾ Autorrecht S. 172, 176

¹⁸⁾ Kunstwerk S. 48, UR S. 141 ff.

schützen, „imaginären Bildes“ eines Werkes schiebt, unter dem er „die individuelle Weise, in der der Urheber seinen Stoff idealisiert“¹⁹⁾, versteht. Diese veränderte Darstellung Kohlers erscheint entwicklungsgeschichtlich in zweifacher Hinsicht bemerkenswert. Sie zeigt, daß Kohler an der Erkenntnis von der möglichen Schutzfähigkeit und Schutznotwendigkeit inhaltlicher Elemente nicht völlig vorübergehen konnte und daß er daher zur Aufrechterhaltung des dogmatischen Begriffs des schutzfreien Inhalts die denkbare, schutzwürdige, inhaltliche Individualität in einem neugebildeten Begriff, dem „imaginären Bild“, zusammenfaßte. Sie zeigt ferner, daß die rechtsdogmatisch und kunstästhetisch tiefgreifenden Untersuchungen Kohlers diesen zu der Notwendigkeit führten, die schutzfähige Werkindividualität nicht auf die Form in ihren Modifikationen zu beschränken, sondern auf eine künstlerisch höherstehende, zweite Stufe auszudehnen und somit der „Form“ ein ebenfalls dem Urheber vorbehaltenes, höher qualifiziertes Etwas, das „imaginäre Bild“, an der Grenze der urheberrechtlichen Schutzsphäre gegenüberzustellen. Hierauf ist in späterem Zusammenhang zurückzukommen.

Kohlers Darstellung wurde scharf kritisiert und abgewandelt von de Boor²⁰⁾, der vor allem die Möglichkeit einer wesensmäßigen Unterscheidung zwischen „innerer Form“ und „imaginären Bild“ eines Werkes leugnet und statt dessen von verschiedenen Staffeln der Formgebung spricht, die höher oder niedriger sein können, je nachdem, inwieweit der Autor vorgegebenes Gedankengut oder eigenes bei seiner Schöpfung verarbeitet.

„Das imaginäre Bild nach Kohler“, so erläutert de Boor²¹⁾, „ist identisch mit der inneren Form, wenigstens mit den höheren Staffeln derselben“. De Boor glaubt also im Gegensatz zu Kohler, das Wesen jeglichen schutzbe gründenden Werkschaffens abschließend und ausnahmslos als Formgebung charakterisieren zu können und erkennt als schutzfähiges Element des Kunstwerkes nur die Form in ihrem Gewand als äußere Form und in ihrem Wesen als innere Form an, die dem schutzfreien Inhalt des Werkes gegenübersteht.

In dieser Gestalt wurde die Lehre von Form und Inhalt in der Folgezeit nahezu allgemein als herrschend im Schrifttum übernommen, innere und äußere Form des Kunstwerks als schutzbestimmendes Kriterium wurden fester Bestandteil der urheberrechtlichen Lehre²²⁾.

Um eine Fortbildung der immer unbeweglicher werdenden Theorie von Form und Inhalt bemühte sich insbesondere Elster, der versuchte, den historischen Vorgang der Formgebung logisch zu erfassen, die Geburt der Form zu erleben und theoretisch auszuwerten²³⁾. Hierbei führte er neben oder anstelle des Begriffes der äußeren Form den Begriff des Ausdrucksmittels

¹⁹⁾ Kunstwerk S. 48

²⁰⁾ UR S. 84 ff.

²¹⁾ UR S. 88

²²⁾ vgl. außer Kohler a.a.O. und de Boor a.a.O. vor allem Allfeld LUG § 1 Anm. 2, Riezler S. 215, Elster S. 91, Baumann S. 9, der sich allerdings fälschlich, besonders auf RGZ 119, 408 beruft, wo bewußt nicht auf die Unterscheidung zwischen Form und Inhalt abgestellt wird.

²³⁾ vgl. insbesondere die Abhandlungen in Ufita 2, S. 595 ff., 3, S. 371 ff. und 8, S. 44 ff.

in die Polemik ein, dem später²⁴⁾ der Vorwurf der Ungenauigkeit und Zweideutigkeit gemacht wurde und der sicherlich nicht zu einer Klärung der reichlich verwirrten Begriffe beitrug.

3) Individuelle Werkszüge und künstlerisches Allgemeingut

Gegenüber dieser unter Preisgabe jeglicher Lebensnähe in einem Gewirr theoretischer Einzelheiten erstarrten Unterscheidung konnte die berechtigte Kritik nicht ausbleiben.

Eine solche ergab sich zunächst zwangsläufig bei einer praktischen Verwertung der Lehre als Schutzbegrenzungskriterium. Schon Goldbaum²⁵⁾ hatte der Unterscheidung von Form und Inhalt mit scharfen Worten jede praktische Brauchbarkeit abgesprochen, ohne allerdings seinerseits ein brauchbares Begrenzungskriterium geben zu können. Die Richtigkeit seiner Kritik erwies sich in der höchststrichterlichen Praxis, die sich nach einigem Zögern²⁶⁾ zu einem krassen Widerspruch gegenüber der herrschenden Theorie entschloß. Zunächst war es das Kammergericht, das in der viel diskutierten und von der Praxis begrüßten Entscheidung KG GRUR 1926, 441 die Abhängigkeit eines Bühnenstückes von einem ihm „nachempfundenen“ Stück für gegeben ansah, weil „zwar gewisse Äußerlichkeiten geändert“ waren, „der gedankliche Inhalt des zweiten Stückes in den das Stück beherrschenden Momenten“ aber der gleiche war, wie der des ersten Stückes, und feststellte, daß entscheidend auf „die überwiegende Übernahme des gedanklichen und gefühlsmäßigen Inhalts“ abzustellen sei. Das Reichsgericht schloß sich ohne Einschränkung dieser Rechtsanwendung an²⁷⁾, womit mindestens in der Praxis die Erkenntnis von der möglichen Schutzfähigkeit inhaltlicher Elemente eines Kunstwerkes sich die Bahn gebrochen hatte. Daß in anderem Zusammenhang das Reichsgericht inhaltliche Elemente (die Lebenserscheinungen, den Ausgangspunkt, den Gegenstand, das Motiv als Mittel künstlerischen Bildens) „nach den anerkennenden Regeln des Kunstschutzes“ für schutzfrei erklärte²⁸⁾, war kein Widerspruch hiezu, auch kein Bekenntnis zu der Richtigkeit der Lehre von geschützter Form und schutzfreiem Inhalt²⁹⁾, sondern ein Beweis dafür, daß es nach Lage des Falles geschützte oder ungeschützte Inhaltelemente eines Werkes geben kann, daß die Unterscheidung zwischen Form und Inhalt auf einer anderen Ebene zu stehen hat als die Unterscheidung zwischen geschützten und ungeschützten Elementen eines Kunstwerkes.

Diese Erkenntnis fand zwischenzeitlich uneingeschränkt Eingang in die moderne Urheberrechtstheorie.

²⁴⁾ vgl. Cahn-Speyer GRUR 1930 S. 755 ff.

²⁵⁾ UR S. 146

²⁶⁾ vgl. RG 63, 158; 82, 16

²⁷⁾ vgl. RG 121, 65 ff.

²⁸⁾ vgl. RG 119, 408 ff.

²⁹⁾ so fälschlich Baumann S. 9, siehe auch Elster GRUR 1928, S. 362

Ulmer³⁰⁾ zeigt ausgehend von der nur teilweisen und bedingten, logischen Durchführbarkeit der Unterscheidung von Form und Inhalt auf, daß die Grenze zwischen ungeschützten und geschützten Werkselementen nicht zwischen Form und Inhalt, sondern zwischen „dem vorgegebenen Stoff“ und „der schöpferischen Leistung“³¹⁾, den „individuellen Zügen des Werkes“ und „dem künstlerischen Allgemeingut“³²⁾ verläuft und macht deutlich, daß Form und Werkindividualität nicht identisch sind, sondern in einer nach Sachlage verschiedenartigen Wechselbeziehung stehen³³⁾. Auf der gleichen Ebene liegen die unter weitgehender Einbeziehung philosophischen Gedankenguts entwickelten Ausführungen Hubmanns³⁴⁾, die darin gipfeln, daß der schutzfreie „objektive Geist“, das Allgemeingut, dem „individuellen Geist“ an der Grenze zwischen schutzfreien und geschützten Elementen des Kunstwerks gegenübergestellt wird. Auch Hubmann stellt eindeutig die Möglichkeit des Schutzes inhaltlicher Elemente des Kunstwerks fest³⁵⁾, und steht insoweit in Übereinstimmung mit einem ebenfalls aus neuerer Zeit stammenden Aufsatz von Schramm³⁶⁾, der eine Urheberrechtsverletzung nicht nur in der Übernahme der Form, sondern auch des Inhalts eines vorgegebenen Werkes für gegeben hält.

4) Zusammenfassung

Es wäre irrig, aus den vorstehenden Darlegungen über die Entwicklung der Urheberrechtslehre den Schluß zu ziehen, die Unterscheidung zwischen der Form in ihren Modifizierungen und dem Inhalt eines Kunstwerkes hätte ihre Bedeutung für die Erkenntnis des urheberrechtlichen Werkbegriffs verloren. Heute wie damals, zur Zeit der Entstehung von Kohlers „Autorrecht“, ist diese Unterscheidung geeignet, den komplexen und schwer faßbaren Werksbegriff in Bestandteile zu zerlegen, das Wesen des Werkschaffens einer theoretischen Zergliederung zugänglich zu machen und ist damit eine für das Urheberrecht unentbehrliche Quelle der Erkenntnis vom Wesen des geschützten Kunstwerks.

Die Entwicklung hat lediglich, dies allerdings mit aller Deutlichkeit, gezeigt, daß es nicht möglich ist, der Unterscheidung zwischen Form und Inhalt die ihrem Wesen fremde Aufgabe der Abgrenzung zwischen geschützten und ungeschützten Werkselementen zuzuteilen. Diesen Dienst kann der Begriffsgegensatz von Form und Inhalt dem Urheberrecht nicht in zulänglicher Weise erfüllen und zwar im wesentlichen aus zwei Gründen:

Der erste Grund erwächst aus dem Gedanken des geistigen Eigentums als des Ausgangspunktes urheberrechtlichen Schutzes. Er zwingt dazu, im Kunstwerk all die Elemente zu schützen, die dem schöpferischen Geist des Ur-

³⁰⁾ UR S. 74

³¹⁾ UR a.a.O.

³²⁾ UR S. 75

³³⁾ UR a.a.O.

³⁴⁾ schöpf. Geist, S. 72

³⁵⁾ schöpf. Geist, S. 81, 102

³⁶⁾ GRUR 1950, S. 403

hebers entwachsen, die, wie Kohler schon in seinem „Autorrecht“³⁷⁾ sagte, „dem Autor gehören“. Der schöpferische, individuelle Geist des Urhebers kann sich aber nicht nur in der Form, sondern auch im Inhalt niederschlagen³⁸⁾.

Der zweite Grund ist die von Ulmer³⁹⁾ in den Vordergrund gestellte, nur bedingte Durchführbarkeit der Unterscheidung an bestimmten Arten von Kunstwerken. Vor allem in der Musik wird deutlich, daß Form und Inhalt eine so enge Bindung eingehen, daß ihre logische Trennung unmöglich erscheint, was vielfach zu der Annahme geführt hat, daß Form und Inhalt in der Musik identisch seien⁴⁰⁾.

Mit Recht weist Ulmer⁴¹⁾ auf ähnliche Erscheinungen in der lyrischen Dichtung und in der abstrakten Malerei hin. Cahn-Speyer⁴²⁾ will sogar soweit gehen, die Möglichkeit einer logischen Trennung von Form und Inhalt völlig zu verneinen. Allgemein wird man etwa sagen können, daß eine Trennung des Inhalts von der Form nur dort möglich ist, wo sich der Inhalt des Werks in eine dem Werk fremde, gedankliche Dimension umdenken läßt, wie z. B. der Inhalt eines Romans in Bilder, der Inhalt eines Programm Musikwerks in Worte, eines Ballettmusikwerks in die lebenden Bilder des Balletts usw. In jedem Fall wird die notwendige Verknüpfung von Form und Inhalt häufig eine logische Trennung so erheblich erschweren, daß eine praktisch brauchbare Scheidungsmöglichkeit nicht besteht.

Da somit die Beschränkung des urheberrechtlichen Schutzes auf die Form eines Werkes einmal nur in einem Teil der Fälle möglich erscheint und zum anderen den schutzwürdigen Interessen des Autors als des „geistigen Eigentümers“ des Werkes in einer Vielzahl von Fällen nicht gerecht würde, muß die „Form“ als urheberrechtliches Schutzkriterium außer Betracht bleiben.

An ihrer Stelle tritt als entscheidendes, schutzbegründendes und schutzbegrenzendes Kriterium die künstlerische Individualität des Werkes, die im Gegensatz zu dem vorgegebenen und vom Autor verwerteten, künstlerischen Allgemeingut steht.

II. Die musikalisch-künstlerischen Elemente des Tonwerkes

Ausgehend von der im Verlauf der bisherigen Erörterung aufgezeigten Erkenntnis, daß die Grenze urheberrechtlichen Schutzes zwischen der künstlerischen Individualität und dem übernommenen, künstlerischen Allgemeingut im geschützten Werk verläuft, steht die Urheberrechtstheorie vor der

³⁷⁾ S. 160 ff.

³⁸⁾ Auch diese Erkenntnis findet sich schon bei Kohler, wurde später verwischt und mußte erst durch die neue Literatur, vgl. Ulmer und Hubmann a.a.O., wieder gefunden werden

³⁹⁾ UR S. 75, vgl. oben § 2, I, 3

⁴⁰⁾ vgl. Baumann S. 11 mit Zit.

Hubmann S. 45 mit Zit.

Kohler, Autorrecht S. 177 hat sich an diesem Gedanken so sehr begeistert, daß er die Musik zur höchsten Stufe der Autortätigkeit erhebt, weil in ihr „sogar die Elemente der unmittelbaren Intuition erwachsen, mehr geahnt aus höherer Daseinsform, als begriffen.“

⁴¹⁾ UR S. 75

⁴²⁾ GRUR 1930, 755

Aufgabe, am konkreten Einzelkunstwerk diese Grenzziehung durchzuführen. Daß diese Aufgabe in geeigneter Weise nur mit größtmöglicher Einfühlung in das zu bewertende Kunstwerk gelöst werden kann, ergibt sich aus der Natur der Sache. Der Urheberrechtspraktiker wird daher nicht umhin können, die Rechtsanwendung mit der Beantwortung kunstwissenschaftlicher und kunstästhetischer Fragen zu verbinden, und die Urheberrechtsdogmatik hat, um ihrer Aufgabe als Stütze praktischer Rechtsanwendung auch insoweit gerecht zu werden, die theoretischen Grundlagen auch hierfür zu schaffen.

Die ersten Schwierigkeiten, die sich einem Eindringen in das Wesen und die Elemente eines Kunstwerks, speziell eines Tonkunstwerks, entgegenstellen, erwachsen schon aus der Frage nach der Methode dieses Eindringens. Die Musikästhetik vermag diese Frage nicht eindeutig zu beantworten, da in ihr eine Vielzahl von Deutungs- und Erkenntnismethoden sich widerstreiten, die sich stichwortartig in zwei Gruppen zusammenfassen lassen. Die eine Gruppe⁴³⁾ sieht das Wesen des Musikerkenntnis in einem Erfassen des phänomenalen Wesens und Gehalts eines Musikwerks in poetischer Deutung und Umschreibung, die andere wählt den Weg streng sachlicher, rein musikalischer Analyse, die keine metaphysischen Gehaltsbetrachtungen zuläßt⁴⁴⁾. Zwischen diesen beiden Polen spannt sich der Bogen der musikästhetischen Lehrmeinungen⁴⁵⁾.

Obgleich die Wahrheit auch hier in der Mitte liegen dürfte, wird der Jurist zwangsläufig der seiner eigenen Arbeitsweise angenäherten, analytischen Betrachtungsweise zuneigen, zumal eine urheberrechtlich brauchbare Betrachtung des Kunstwerks als eines Komplexes von so hohem Abstraktionsgehalt, wie ihn das fertige Kunstwerk aufweist, ohne eine Aufgliederung des Werks in seine Elemente nicht erreichbar erscheint.

Schon eine oberflächliche, analytische Betrachtung des Tonkunstwerkes legt nahe, das theoretisch-technische Material, das den Künstler befähigt, seine musikalischen Empfindungen auszudrücken, von der aus dem schöpferischen Geist des Komponisten erwachsenden Intuition zu trennen, sodaß dieser Weg der Analyse als der zweckmäßigste erscheint. Den folgenden, in dieser Richtung gehenden Ausführungen, sei jedoch noch ein Hinweis auf die Erkenntnisgrenzen jeder analytischen, insbesondere der kunstanalytischen Betrachtungsweise vorangestellt, in denen zugleich eine Gefahr der Analyse liegt. Sie darf niemals zum Selbstzweck werden. Nur solange sie im Dienste der Erkenntnis ihres Objektes steht, solange ihre Ergebnisse nicht in Eigenständigkeit, sondern ausschließlich in Bezogenheit auf das

⁴³⁾ Wohlfahrt in Atlantisbuch S. 80, Moser S. 165 nennen als markantesten Vertreter dieser Richtung Kretzschmar

⁴⁴⁾ vgl. z. B. Mersmann S. 1

⁴⁵⁾ vgl. Moser S. 176, Dahlhaus in Fischer Lex S. 229, ausführlich Gatz in seinem in erster Linie der Darstellung dieser Vielzahl von Lehrmeinungen gewidmeten Werk

Objekt, das Gesamte, gesehen und gewertet werden, ist die analytische Betrachtung von Wert und berechtigt ⁴⁶⁾ und nur insoweit führt sie zu zutreffenden Ergebnissen.

1) Die theoretisch-technischen Elemente der Musik

Wie ein Werk der Literatur durch das Material der Sprache gebildet und dem Kunstbetrachter zugänglich gemacht wird, so umfaßt auch das Tonkunstwerk rationale Bestandteile, die es als akustisches Phänomen bilden und wahrnehmbar machen. Gleichgültig ob das Werk unmittelbar akustisch in Erscheinung tritt und „gehört“ wird, oder ob es mit Hilfe von symbolischen Schriftzeichen optisch wahrgenommen und gedanklich in akustische Erscheinungen umgedeutet wird, in jedem Fall tritt das Tonkunstwerk erst durch das Medium des Klanges in Erscheinung. Da das Tonkunstwerk sich hiervon ausgehend als eine Summe von Einzelklängen darstellt, die in einer sinnvollen, funktionellen Beziehung zueinander stehen und deren Ergebnis die akustische Gesamtwirkung des Werkes ist, ist es nötig, daß sich die Tonkunst verbindlicher, ordnender Prinzipien bedient ⁴⁷⁾, die rationalen Halt für den Aufbau und die Gestaltung eines Tonkunstwerkes aus einer Vielzahl von Einzelklängen geben. Diese Notwendigkeit hat in der Geschichte der Musik zu der Entwicklung eines Systems von teils empirisch, teils logisch-theoretisch gewonnenen Gesetzmäßigkeiten und Erkenntnissen geführt, die heute in jedem Werk der Tonkunst ihren Niederschlag finden, auch dann, wenn sie, wie dies in der Kunstmusik des 20. Jahrhunderts zur Regel geworden ist, ganz oder teilweise bewußt abgewandelt oder preisgegeben werden. Der Tonkünstler, der ein Musikwerk schafft, kommt also nicht ohne ein dem künstlerischen Grad seiner Schaffensstufe entsprechendes, theoretisches Wissen um die technischen und systematischen Grundlagen der Musik aus, die er in seinem Werk als Darstellungsmittel verwendet, um dieses auf die kulturelle Stufe seiner Zeit zu stellen.

Versucht man dieses künstlerische „Handwerkszeug“ des Komponisten, das hinsichtlich des Werkschutzes stets künstlerisches Allgemeingut bildet, stichwortartig darzustellen, so stößt man zunächst auf das musikalische Ur-element, den Ton bzw. den akustisch einheitlichen Klang ⁴⁸⁾. Dieser entfaltet jedoch seine musikalischen Kräfte erst im Zusammenwirken mit mindestens einem weiteren Ton (Klang) ⁴⁹⁾, da erst durch dessen Hinzutreten musikalische Spannung entsteht, die zu einer klanglichen Weiterführung zwingt und die somit eine volle Entwicklung der vieldimensionalen ⁵⁰⁾ erkennbaren Wirkungen des Tones ermöglicht.

⁴⁶⁾ vgl. hierzu Cahn-Speyer GRUR 1930, S. 755 ff.

⁴⁷⁾ Moser S. 15

⁴⁸⁾ vgl. Moser S. 22, Dahlhaus in Fischer Lex S. 229 Pfützner Bd. 2, S. 163.

Die Behandlung des akustischen Unterschieds zwischen Ton und Klang würde in diesem Zusammenhang zu weit führen. Vgl. Hierzu Milkutat in Fischer Lex S. 12

⁴⁹⁾ vgl. hierzu Hindemith S. 75, Blesinger S. 15, Baumann S. 21

⁵⁰⁾ vgl. Mersmann S. 19

Der erste Tonschritt, die horizontale Beziehung von zwei aufeinanderfolgenden Tönen, verschmilzt mit den in der Weiterführung folgenden Tönen zu einer „tönenden Linie“⁵¹⁾, einer „tönenden Wellenbewegung“⁵²⁾, die bei Fortführung bis zu einer „sinnvollen“⁵³⁾, „reiferen“⁵⁴⁾ Gliederung zur Melodie wird, und somit das melodische Element der Musik materialisiert.

Der gleichzeitige Zusammenklang von mehreren, vertikal gestaffelten Tönen verschmilzt zu einem einheitlichen Mehrklang und eröffnet dadurch die zweite Dimension der wechselseitigen Tonbeziehungen, die der Harmonik.

Neben diese beiden elementaren Erscheinungen, die Pfitzner das „horizontale und vertikale Prinzip“ in der Musik nennt⁵⁵⁾, tritt die zeitliche Beziehung der aufeinanderfolgenden Töne oder Klänge, die der zeitlich neutralen, melodischen Linie durch verschiedenartige Spannungen in der Tondauer und durch Einführung verschiedener Tongewichte⁵⁶⁾ Leben und Bewegung, Rhythmik, verleiht.

Jede dieser drei elementaren Tonbeziehungsformen folgt eigenen, musikalischen Gesetzmäßigkeiten, die in diesem Zusammenhang nur angedeutet werden können⁵⁷⁾. So kennt die Melodielehre die Notwendigkeit einer einheitlichen Tonskala im Rahmen des gesamten Tonsystems⁵⁸⁾ als Grundlage, die Gesetzmäßigkeit zwischen Spannung und Entspannung in der Aufstellung einer melodischen Wendung und deren logischer Beantwortung, sie kennt den „Charakter“ einzelner Tonschritte und die Wirkungen von Zäsuren und Pausen, Halb- und Ganzschlußbeziehungen⁵⁹⁾.

Die Lehre von den Harmonien und ihren Funktionen, von der Pfitzner⁶⁰⁾ schreibt, ihr Begreifen als Theorie sei das Werk vieler Jahrhunderte gewesen, bildet ein kompliziertes Lehrgebäude, das in diesem Rahmen nur als Phänomen erwähnt werden kann, da ein auch nur andeutungsweise Eindringen in das System der Terzenschichtung, in das Prinzip der Dissonanzbildung und -auflösung und in die Lehre von den Klangverwandtschaften und Modulationsprinzipien den Umfang dieser Erörterung sprengen müßte. Auch die Rhythmik wird von Gesetzmäßigkeiten in der Wechselbeziehung von Takt und Tempo einerseits und der rhythmisierten Melodie andererseits beherrscht, sie umfaßt die Theorie der rhythmischen Erscheinungsformen wie z. B. Synkopen, Punktierungen, Triolen und die Theorie des Takt-rhythmus, der Metrik⁶¹⁾.

⁵¹⁾ vgl. Moser Lex S. 758

⁵²⁾ Unger im Atlantisbuch S. 23

⁵³⁾ Moser Lex S. 758, ähnlich Riemann S. 1149

⁵⁴⁾ Pfitzner Bd. 2, S. 163

⁵⁵⁾ Bd. 2, S. 163

⁵⁶⁾ Unger im Atlantisbuch S. 27

⁵⁷⁾ Zu bemerken ist, daß diese Gesetzmäßigkeiten in der zeitgenössischen Kunstmusik sich weitgehend in Umgestaltung befinden und dort weitgehend nur noch als Grundlage einer weitergreifenden Entwicklung anzusehen sind.

⁵⁸⁾ zum Begriff vgl. Moser Lex S. 1306, Dahlhaus in Fischer Lex S. 332

⁵⁹⁾ vgl. Moser S. 69 ff., Dahlhaus S. 196 ff., Unger im Atlantisbuch S. 27, Riemann S. 1149

⁶⁰⁾ Bd. 2, S. 165

⁶¹⁾ zum Begriff Riemann S. 1167, ebenso Dahlhaus in Fischer Lex S. 308

Angesichts dieser Vielfalt melodischer, harmonischer und rhythmischer Erscheinungsformen ergibt sich aus der nahezu unbegrenzten Wandelbarkeit jeder Tonbeziehung und vor allem aus der Möglichkeit dreifacher, wechselseitiger Überlagerung dieser Beziehungen in den drei aufgezeigten musikalischen Dimensionen für den Musikschaaffenden eine unfafßbare Fülle von musikalischen Gestaltungsmöglichkeiten, die grenzenlos erscheint⁶²⁾.

Diese Vielfalt führt zu der Notwendigkeit, auch auf einer über dem Elementaren liegenden Ebene Gestaltungsgesetzlichkeiten in das System der Musiktheorie einzugliedern, um dem Musikschaaffenden einerseits einen Rahmen und andererseits eine theoretische Grundlage für seine Arbeit zu geben.

Den Rahmen gibt ihm, ohne ihn zu binden, die musikalische Formenlehre, die mit der Vielfalt ihrer Darstellungsmittel eine große Zahl von teils starren, teils variablen Schemen gibt, nach denen die Tonkunstwerke gestaltet sind⁶³⁾.

Hinsichtlich der musikalischen Ausfüllung des durch die Form gegebenen Rahmens kann sich der Komponist auf die Lehren vom Kontrapunkt⁶⁴⁾ und auf die sonstigen Theorien des musikalischen Satzbaues stützen, die ihm Grundregeln für die Verbindung melodischer und harmonischer und rhythmischer Elemente zu einem geordneten Tonsatz an Hand geben.

2) Die intuitiven Elemente des Tonwerkes

Trotz der aufgezeigten Fülle theoretisch-technischer Gestaltungsmöglichkeiten in der Musik kann ein Tonkunstwerk nicht ohne künstlerische Intuition seines Schöpfers entstehen und ist nicht ohne solche denkbar. Sie bildet die Grundlage für die Auswahl der konkreten musikalischen Mittel aus der Vielfalt des technischen Materials und für die Zusammenstellung dieses Materials im konkreten Werk.

Es bedarf keiner Erörterung, daß die in dieser Weise das Tonkunstwerk in seiner Entstehung und Gestaltung entscheidend beeinflussende und bestimmende Intuition als die wesentlichere Voraussetzung des konkreten Kunstwerkes anzusehen ist, hinter dem die allgemein technisch-theoretischen Elemente in ihrer rein materiellen Bedeutung zurücktreten. Um so verständlicher ist es, daß um die Erkenntnis des Wesens dieser Intuition in der Musik unablässig gerungen wurde und auch der Umstand, daß die Geister sich nicht zu einem einheitlichen Vorstellungsbild der musikalischen Intuition zusammenfinden konnten, erscheint nicht verwunderlich.

Entsprechend den Richtungen des Methodenstreits in der Musikästhetik⁶⁵⁾ versuchte man die musikalische Intuition entweder auf den Bereich der Musik zu beschränken, jeden gedanklichen Stoff oder außermusikalischen

⁶²⁾ vgl. hierzu Mersmann S. 20

⁶³⁾ Der Begriff der musikalischen Form widerspricht also krass dem Formbegriff der Urheberrechtslehre, da er nicht Individuelles verkörpert, sondern allgemeingültige, theoretische Regeln des Kunstschaffens bezeichnet.

⁶⁴⁾ zum Begriff Riemann S. 397, Moser S. 84, Dahlhaus in Fischer Lex S. 143

⁶⁵⁾ vgl. oben § 2, II, 1

Gehalt in der Musik zu leugnen (Eigengesetzlichkeit der Musik), oder sie im außermusikalischen Bereich, in der Welt, im Menschen, im Kosmos zu suchen und die Musik als den Ausdruck einer der außermusikalischen Intuition entwachsenden Empfindung zu werten⁶⁶⁾ (Fremdgesetzlichkeit der Musik).

Es ist bezeichnend, daß gerade die Musiker unter den Musikästhetikern sich häufig gegen die Suche und Annahme gedanklichen Stoffs und außermusikalischen Gehalts im Tonkunstwerk wandten. So hält Pfitzner⁶⁷⁾ jeden Versuch, Musik erklären zu wollen, für ein „dilettantisches Unternehmen“; für ihn ist die echte musikalische Eingebung reiner Gefühlsausdruck⁶⁸⁾, sind die einzigen Fähigkeiten der Musik Empfindungsausdruck und Architektonik⁶⁹⁾ und das wesentliche an der musikalischen Intuition, der „musikalische Einfall“, eine an die musikalisch-technische Materie gebundene Keimzelle, aus der das Tonkunstwerk erwächst⁷⁰⁾.

Auch einer der fortschrittlichsten Neuerer unserer zeitgenössischen Kunstmusik, Igor Strawinskij⁷¹⁾, sieht das Wesen der musikalischen Intuition nur in der Musik und wendet sich gegen jene, die in der Musik etwas anderes suchen als Musik, die für ihn „eine Sache für sich“ ist. Diese einseitig musikalische Auffassung von den intuitiven Elementen des Tonkunstwerkes kann ebenso wenig Allgemeingültigkeit für sich beanspruchen wie die extreme Gegenansicht, die in jedem Tonwerk außermusikalische Inhaltselemente sucht. Die erstere Auffassung kann all die musikalischen Erscheinungen, die an das Wort und dessen Bedeutung gebunden sind (weite Gebiete geistlicher Musik, Opernmusik, Lieder, Chormusik, Schlagermusik) und alle tonmalerische oder programmatische Musik⁷²⁾ nur als abartig kennzeichnen, weil die musikalische Unterbauung liturgischer oder dramatischer Vorgänge, die Vertonung eines Gedichtes oder die musikalische Nachahmung bestimmter Geräusche oder die Symbolisierung konkreter Vorgänge oder Empfindungen in einem Musikwerk zweifelsfrei außermusikalischer Intuition entspringen. Diese Erscheinungsformen aus dem Begriff der echten, eigentlichen Musik auszuklammern, wäre abwegig, zumal mit die größten unserer Komponisten auch derartige Werke geschaffen haben⁷³⁾. Ebenso abwegig wäre es aber auch, in jedem Musikwerk außermusikalischen Gehalt zu suchen, die Existenz der „absoluten Musik“⁷⁴⁾ zu leugnen.

Man wird zu unterscheiden haben zwischen der auf gedanklichem, außermusikalischem Stoff und der lediglich auf musikalischen Eingebungen und Empfindungen beruhenden Musik, wobei bei den Erscheinungsformen der

⁶⁶⁾ vgl. hierzu ausführlich Moser S. 165, Mersmann S. 1 ff., ferner Gatz S. 21 ff.

⁶⁷⁾ Bd. 2, S. 187

⁶⁸⁾ a.a.O. S. 187

⁶⁹⁾ a.a.O. S. 178

⁷⁰⁾ a.a.O. S. 183

⁷¹⁾ Erinnerungen S. 205

⁷²⁾ zum Begriff vgl. Riemann S. 1867, 1433; Moser Lex S. 1304, 986; Stephan in Fischer Lex S. 301

⁷³⁾ Man denke nur an die Kirchenmusikwerke von Bach, Haydn, Mozart, an die Opernkompositionen von Verdi, Mozart, Beethoven, an die Programmsymphonien von Haydn, Beethoven, Berlioz, Strauß, an die Liederkompositionen von Schubert usw.

⁷⁴⁾ zum Begriff vgl. Moser S. 116

ersteren Art wiederum zwischen den Werken zu unterscheiden ist, bei denen der außermusikalische Gehalt auch zum Ausdruck kommen soll und bei denen dieser nur als Anregung, als Leitgedanke des Musikschaffens gedient hat, der im Kunstwerk nicht niedergeschlagen wurde.

Hieraus läßt sich eine für den Rahmen dieser Arbeit hinreichende, abschließende Qualifizierung der Erscheinungsformen musikalischer Intuition entnehmen. Die intuitiven Elemente des Tonkunstwerkes erstrecken sich von dem Erlebnis der im Kunstwerk auszudrückenden Empfindung, sei sie musikalisch-gefühlsmäßig, sei sie außermusikalisch-stofflich, über die Auswahl und Sichtung der musikalisch-technischen Materialien bis zu deren sinnvoller Gliederung, Verbindung und Anordnung. Sie umfassen die Empfindung eines musikalischen oder außermusikalischen Gefühlserlebnisses einerseits und deren Niederlegung oder Umsetzung in musikalische Materie andererseits.

3) Die „Komposition“ als Verbindung theoretisch-technischer und intuitiver Elemente

Das vorstehend gewonnene Ergebnis über die Reichweite künstlerischer Intuition in der Musik läßt einen unmittelbaren Schluß auf das Wesen musikalischen Werkschaffens zu. Es liegt in der direkten Wiedergabe musikalischer oder in der indirekten Wiedergabe außermusikalischer Empfindungen, Gefühle, Eingebungen in den theoretisch-technischen Darstellungsmitteln der Musik. Die für die urheberrechtliche Werkbetrachtung wesentliche Tätigkeit des schöpferischen Tonkünstlers liegt also in einem wörtlich verstandenen „komponieren“, einem Auswählen, Sichten und Zusammensetzen von materiellen Musikelementen in einer der jeweiligen Intuition des Künstlers entsprechenden Art und Weise. Das Ergebnis dieses Ineinanderfügens ist ein untrennbarer Komplex aus theoretisch-technischen und intuitiven Elementen, der als Werk neben der Person seines Schöpfers eigenständig und unterscheidbar geworden ist.

Dieser Komplex zeichnet sich durch die Eigenart seiner aus der Intuition des Autors gewordenen Anordnung, Zusammenstellung und Verbindung der verwerteten Materialien aus, die ihn von anderen Werken unterscheidet.

Daß das Wesen und die Eigenart eines Tonkunstwerkes in seinem, von der künstlerischen Intuition getragenen und dem Empfindungsausdruck dienenden Aufbau des Werkes aus den Bausteinen der Musik besteht, ist allgemeine Erkenntnis der Musikästhetik, wenngleich die Vielfalt der sprachlichen Ausdrucksmöglichkeiten zu Differenzierungen in der Formulierung geführt hat. So umschreibt Mersmann⁷⁵⁾ dieses Phänomen mit dem Begriff der Tektonik eines Werkes, von der er sagt, sie sei gebildet aus allen unmittelbar gestaltenden Kräften im Kunstwerk, sei aber mehr als die bloße Summe dieser Elemente. Dieser äußerst illustrativen Darstellung nähert sich

⁷⁵⁾ S. 13

die Formulierung Pfitzners⁷⁶⁾, der im Musikwerk eine auf Empfindungsausdruck gerichtete Architektonik sieht. Moser⁷⁷⁾ wählt zum Ausdruck der inneren Folgerichtigkeit des Werkaufbaues aus intuitiven und logisch-theoretischen Bestandteilen des Kunstwerkes den Begriff der „Organik“, der auf einer entsprechenden Ebene liegt. Eine seltsam eindringliche und klare Formulierung, die unmittelbar in diesem Zusammenhang genannt werden kann, obwohl sie nicht aus musikwissenschaftlicher Problemstellung erwächst, findet sich bei Strawinskij⁷⁸⁾.

„Das Phänomen der Musik ist uns zu dem einzigen Zweck gegeben, eine Ordnung zwischen den Dingen herzustellen. Um realisiert zu werden, fordert diese Ordnung einzig und allein und mit gebieterischer Notwendigkeit eine Konstruktion. Wenn die Konstruktion vorhanden und die Ordnung erreicht ist, ist alles gesagt. Es wäre vergebens, dann noch etwas anderes zu suchen und zu erwarten. Und eben diese Konstruktion, diese erreichte Ordnung ist es, die uns auf eine ganz besondere Weise bewegt.“

Der in diesen Worten geprägte Begriff der konstruktiven Ordnung, einer inneren Ordnung der Elemente des Kunstwerks, die das tiefste Wesen und die Erfüllung des Strebens nach dem Kunstwerk bildet, scheint in der Tat das wesentliche Ergebnis des schöpferischen Musikschaffens zu sein. Eine in diesem Sinne verstandene innere Ordnung des Tonkunstwerks ist der Kern der von dem schöpferischen Geist hervorgebrachten Eigenart des Werkes, indem sie die Gesamtheit der technischen Elemente des Werkes in ihrer intuitiv gestalteten Anordnung widerspiegelt und überdies die materielle wie ideelle Gesamtwirkung des Werkes umfaßt.

III. Das Verhältnis der urheberrechtlichen Schutzelemente zur inneren Ordnung des Tonkunstwerks

1) Die künstlerische Individualität als graduell dehnbarer Begriff

Kehren wir von dem notwendigen Exkurs in die Welt des wissenschaftlichen Musikerforschens und Musikverstehens, die für den Juristen ja eine fremde Welt bleiben muß, zurück zur Urheberrechtsdogmatik, deren Beleuchtung uns zuletzt⁷⁹⁾ die Erkenntnis vermittelt, daß der Werkschutz auf der künstlerischen Individualität der Werke beruht und durch diese begrenzt wird.

Legen wir an diese Individualität unter Betrachtung verschiedener künstlerischer, speziell musikalischer Erscheinungsformen einen vergleichenden Maßstab an, so erkennen wir ohne Schwierigkeit, daß nicht jedes Werk in gleichem Umfange individuell erscheint, sondern daß jedes Werk sich je

⁷⁶⁾ Bd. 2, S. 178

⁷⁷⁾ S. 11

⁷⁸⁾ Erinnerungen S. 69

⁷⁹⁾ vgl. oben § 2, I, 4

nach seiner Eigenart auf ein Mehr oder Weniger an vorgegebenem Gedankengut stützt. So unterscheidet sich in der Literatur die Übersetzung als eine werkgetreue, auf Wahrung der Gestalt und Gesamtwirkung des Werkes in allen Einzelheiten gerichtete Überführung einer Dichtung in eine andere Sprache von einer, zwar an ein Vorbild angelehnten, aber dieses in seinen Zügen doch verändernden Nachdichtung⁸⁰⁾. In ähnlicher Weise, wenn auch auf anderer Ebene, unterscheidet sich die literarische Bearbeitung eines bekannten Motivs⁸¹⁾ von einem auf einer selbsterfundenen Fabel des Dichters beruhenden Roman. In der Musik unterscheidet sich die Überführung einer Orchesterpartitur in einen Klavierauszug von der Einrichtung einer Klavierkomposition für ein großes Orchester und ähnlich die Komposition eines umfangreichen Variationswerks über ein vorgegebenes Thema oder die Niederlegung eines Großarrangements über einen vorgegebenen Schlager von dem über selbsterfundenem Themenmaterial aufgebauten Orchesterwerk. Diese knappen Beispiele zeigen, daß die Geisteswerke gemessen an ihrer Individualität eine farbige Skala bilden, die von der völlig eigenständigen Schöpfung bis zur bloßen Umformung eines vorgegebenen Werkes, die der eigenen Individualität des Nachformenden kaum Raum läßt, reicht. Der Begriff der künstlerischen Individualität in seinem normativen Gehalt als Urheberrechtliches Schutzkriterium umfaßt diese Skala in ihrer Vollständigkeit und stellt daher, entsprechend seiner schutzbegründenden Funktion, jedes Kunstwerk, auch wenn in ihm nur ein Minimum an künstlerischer Individualität zum Ausdruck kommt, in gleicher Weise unter den Schutz des Urheberrechts, wie ein eigenständiges, sich durch ein Höchstmaß an Originalität auszeichnendes Werk.

2) Die innere Ordnung des Kunstwerks als Qualifikation künstlerischer Individualität

Die oben⁸²⁾ angestellte Erörterung des künstlerischen Wesens musikalischen Werkschaffens hat, wenn sie auch nur in engem Rahmen erfolgen konnte, gezeigt, daß das Prinzip des geistigen Schaffens in einem Ordnen, einem Zusammensetzen von teils vorgegebenem, teils der eigenen Persönlichkeit des Künstlers entspringendem Gedankengut erblickt werden kann, das eine wirksame Vielheit von musikalischen Elementen technischer und intuitiver Art in einem innerlich geordneten Zusammenhang zum Ergebnis hat.

Da gerade in diesem Ordnen, diesem Umsetzen der persönlichkeits-eigenen Intuition auf die Ebene musikalisch-technischer Wahrnehmbarkeit die Betätigung der künstlerischen Schöpfungskraft des Autors in Erscheinung tritt, liegt das Ergebnis dieses Ordners, die „innere Ordnung“ des Kunstwerks,

⁸⁰⁾ vgl. z. B. Alt Heidelberg-Jung Heidelberg, KG GRUR 1926, 441

⁸¹⁾ z. B. des Faust-Motivs

⁸²⁾ vgl. § 2, II, 3

stets und ausnahmslos im Bereich des „geistigen Eigentums“ des Urhebers, also in der Sphäre geschützter künstlerischer Werkindividualität. Dennoch wäre es irrig, wollte man den Begriff der inneren Ordnung dem Rechtsbegriff der künstlerischen Individualität in dem oben⁸³⁾ erläuterten Sinne gleichsetzen.

Dies zeigt eine Betrachtung von Fällen, in denen sich künstlerisches Werk-schaffen verschiedener Künstler überlagert, in denen ein Autor sich nicht auf die Benutzung ungeordneten Gedankengutes beschränkt, sondern auf einem vorgegebenen Werk aufbaut, sich also, um auf die oben⁸⁴⁾ beschriebene Skala künstlerischer Individualität zurückzukommen, damit begnügt, seinem Werk einen geringeren, hinter dem Höchstmaß zurückbleibenden Grad an Individualität aufzudrücken. Hier schafft der nachschaffende Autor, wenn er sich nicht auf eine bloße Wiedergabe des benutzten Werks in rein handwerklich veränderter Form beschränkt, künstlerische Individualität. Ob sein Schaffen auch zur Entstehung einer eigenständigen inneren Ordnung führt, kann erst das Ergebnis zeigen. Die innere Ordnung des benutzten Werks in dem hier inmitten stehenden Sinn des Begriffes geht nicht notwendig dadurch unter, daß das Werk in einer künstlerisch individuellen Weise verändert wird.

Sie kann nur durch eine Neuordnung der Elemente des benutzten Werkes in einem neuen Werk, in dem sich ein nach unten durch die Notwendigkeit der Herbeiführung eigenständiger innerer Werkordnung begrenzter Grad an Individualität niederschlägt, untergehen.

Der so verstandene Begriff der inneren Werkordnung unterscheidet sich klar von der künstlerischen Werkindividualität. Eine eigenständige innere Ordnung begründet zwar regelmäßig künstlerische Individualität, das Vorliegen eines individuellen Werks setzt jedoch keine eigenständige Werkordnung voraus. Nur ein Werk, das einen besonders qualifizierten, logisch exakt begrenzbaren Grad an künstlerischer Individualität aufweist, zeichnet sich durch eine eigenständige innere Ordnung aus⁸⁵⁾.

Abschließend ist noch auf die Notwendigkeit einer scharfen Abgrenzung des Begriffs der inneren Werkordnung von dem Begriff der inneren Form im Sinne der oben⁸⁶⁾ gemachten Ausführungen hinzuweisen. Der Begriff der inneren Form beruht auf dem Gegensatz zwischen Form und Inhalt und bezieht sich ausschließlich auf Formgebung im Gegensatz zu inhaltlichen Elementen im Sinne dieser Unterscheidung.

⁸³⁾ vgl. § 2, I, 4

⁸⁴⁾ vgl. § 2, III, 1

⁸⁵⁾ Entsprechend gestaltet sich das Verhältnis innerer Werkordnung zu dem von der Individualität abhängenden Werkschutz, eigenständige, innere Werkordnung hat stets Werkschutz zur Folge, der Werkschutz setzt aber keine solche voraus.

⁸⁶⁾ § 2, I, 1, 2

Der hier entwickelte Begriff der inneren Werkordnung beruht auf dem Gegensatz zwischen künstlerischem Allgemeingut und individuellen Werkzügen, kann somit auch inhaltliche Elemente umfassen, er umfaßt begrifflich alle Erscheinungsformen der künstlerischen Individualität, allerdings nur von einer bestimmten Stufe an. Er ist, in einer etwas simplifizierenden Form ausgedrückt, im Rahmen der Unterscheidung von künstlerischem Allgemeingut und den individuellen Werkzeugen das, was der Begriff der inneren Form im Rahmen der Lehre von Form und Inhalt verkörpert, wobei dieser Satz, wie nicht betont zu werden braucht, bildlich und nicht wörtlich zu verstehen ist.

Eine unmittelbare, der Illustrierung des Rechtsbegriffes der „inneren Ordnung“ dienende Beziehung dieser Begriffe zu der Lehre von Form und Inhalt läßt sich herstellen, wenn man den Begriff der Lehre Kohler's von äußerer und innerer Form, vom imaginären Bild und schutzfreiem Inhalt⁸⁷⁾ gegenüberstellt. Diese Lehre deckt sich, wie schon oben⁸⁸⁾ angedeutet, in ihrem wesentlichen Kern in etwa mit der Abgrenzung zwischen künstlerischem Allgemeingut und Werksindividualität, indem sie die schutzfähigen Inhaltselemente in dem Begriff des „imaginären Bildes“ zusammenfaßt und in den Schutzbereich einbezieht. Geht man zur Charakterisierung des Begriffs der inneren Ordnung von der Terminologie Kohler's in diesem Sinne aus, so läßt sich die „innere Ordnung“ schematisierend in etwa mit den Erscheinungen gleichsetzen, die Kohler unter den Begriffen „innere Form“ und „imaginäres Bild“ zusammengefaßt hat.

⁸⁷⁾ Kunstwerk S. 48, UR S. 141 ff.

⁸⁸⁾ § 2, I, 2

II. ABSCHNITT

Begriff und Wesen der freien Benutzung und abhängigen Nachschöpfung

§ 3 Die Tradition als Ausgangspunkt musikalischen Werkschaffens

Das musikalische Schaffen einer Kulturepoche und eines einzelnen, in dieser Epoche schaffenden Künstlers, steht niemals isoliert, sondern ist getragen von den geistigen Strömungen seiner Zeit und dem von dieser Zeit vorgefundenen Kulturgut. Diese Erkenntnis beruht auf der Existenz einer gemeinsamen Verstehensgrundlage des homo sapiens als Gattung, einer „Einheit der Vernunft“, die Hubmann⁸⁹⁾ in Anlehnung an die philosophischen Lehren von Hegel und Nicolai Hartmann den „objektiven Geist“ nennt, und aus der er mit Recht folgert, daß der persönliche Geist des Kunstschaffenden völlig in diesen objektiven Geist hineingestellt ist, an ihm heranwächst, sich an ihm bildet und aus ihm für sein eigenes Schaffen schöpft, da er ohne diese Möglichkeit vor der Notwendigkeit stünde, alle Schätze der Geisteskultur selbst zu erarbeiten und über die Anfänge dieses Beginnens nie hinauskäme⁹⁰⁾.

Besonders deutlich wird dies durch ein von Baumann⁹¹⁾ geprägtes Bild, der die Feststellung, daß keine Kunst ohne Beziehung zum geistigen Leben ihrer Zeit denkbar sei, dahin illustriert, daß jeder, der zur Kulturentwicklung beitrage, seinerseits wieder auf den Schultern eines anderen stehe.

In der Tat ist wohl kein qualifiziertes Kunstschaffen ohne eine mehr oder minder starke Anlehnung an das Phänomen des „objektiven Geistes“ denkbar. Zwar ist ohne weiteres deutlich, daß ein in hohem Grade schöpferischer, genialer Geist rasch die aus der Tradition vorgegebenen Erkenntnisse hinter sich lassen wird bei seinem erfolgreichen Weg zu neuartigem, erstmaligem Kunstschaffen, daß er sie nur als Rahmen seines Schaffens gelten läßt und daß er diesen Rahmen sprengt, sobald seine geistige Entwicklung der Stütze des objektiven Geistes entbehren kann⁹²⁾, aber auch für ihn war der Gemeingeist seiner Zeit Ausgangspunkt, Grundlage, Führer zu geistiger Eigenständigkeit.

⁸⁹⁾ vgl. schöpf. Geist S. 23

⁹⁰⁾ Hubmann a.a.O., S. 24

⁹¹⁾ S. 32, ebenso Runge UR S. 135, vgl. auch Ulmer UR S. 162, der ebenfalls Anregungen aus fremden Werken für unentbehrlich hält.

⁹²⁾ Man denke etwa an das Zwölftonsystem Schönbergs oder die traditionslose Metrik Stravinskis

Diese sonach für jede qualifizierte Autortätigkeit in mehr oder minder hohem Grade wesensnotwendigen Einflüsse vorgegebenen Gedankenguts lassen sich in zwei klar unterscheidbare Erscheinungsformen aufteilen, die einer näheren, getrennten Beleuchtung wert erscheinen.

I. Künstlerisches Allgemeingut als Grundlage des Tonkunstwerkes

In erster Linie schöpft der schaffende Künstler aus der Fülle allgemeiner Gedanken und Lehren, die die Tradition seiner Kunstrichtung überliefert, also aus dem, was wir bezüglich des Tonkunstwerkes bei dessen vorangestellter Analyse⁹³⁾ als dessen theoretische und technische Elemente erkannt haben. Hieraus entnimmt er Aufbaugesetze, Gestaltungsnormen und technische Hilfsmittel, die ihm den Ausdruck seiner schöpferischen Gedanken erleichtern und ermöglichen. Dieses jedermann zugängliche und auch von jedem Kunstschaffenden mehr oder minder getreulich verwertete, vorgegebene Gedankengut läßt sich unter dem Begriff „künstlerisches Allgemeingut ohne Werkbezogenheit“ zusammenfassen.

II. Musikalische Vorbilder als Quelle künstlerischer Inspiration

Die Kunstgeschichte zeigt aber, daß sich der schöpferische Geist nicht auf die Übernahme oder Verarbeitung der aus der Gesamtheit des vorgegebenen Kunstgutes sich ergebenden, allgemeinen Regeln und Gesetzmäßigkeiten beschränkt, sondern daß er die für ihn meist fruchtbarsten Berührungen mit einem oder mehreren konkreten Werken eines bestimmten Autors erfährt. Gerade in der Einfühlung in ein konkretes Werk und in dem verständnisbetonten Begreifen dieses Werkes erfährt der schöpferische Geist künstlerische Impulse, die ihn in ihm bisher verborgen gebliebene Bahnen lenken.

Beispiele hierfür gibt es in der Tonkunst in Fülle. Man betrachte nur die Geschichte der Symphonie oder der Oper, die jeweils von nur wenigen großen Namen gekennzeichnet ist⁹⁴⁾.

Auch die neuere Zeit zeigt deutlich derartige Erscheinungen; man denke etwa an die Anklänge an den Jazz bei Debussy, Ravel, Hindemith und Strawinskij⁹⁵⁾ oder an die Übernahme von Erscheinungen der polyphonen Satztechnik in ihrer Meisterschaft bei Bach durch die modernsten Formen des Jazz.

Diese Ausrichtung des schöpferischen Geistes an konkreten Werken anderer oder an dem eigenpersönlichen Schaffensstil eines anderen Künstlers steht in deutlichem Gegensatz zu der Übernahme bloßer, traditionsgebener Lehren und Gestaltungsgesetze und stellt so die zweite Form der Beeinflussung geistigen Schaffens durch die Tradition dar.

⁹³⁾ vgl. oben § 2, II

⁹⁴⁾ im einzelnen sei nur beispielsweise auf die Vielzahl der Epigonen Richard Wagners verwiesen.

⁹⁵⁾ vgl. dessen Ausführungen in „Erinnerungen“

§ 4 Die urheberrechtliche Bindung des Überlieferten und ihre Notwendigkeit

Die vorstehende Betrachtung hat gezeigt, daß das geistige Schaffen in vielfacher Beziehung auf vorgegebenem Gedankengut beruht. Hieraus erwächst die Frage, ob und inwieweit bei Benutzung dieses Gutes ein Eingriff in urheberrechtlich geschütztes Gedankengut durch den auf der Basis des Überlieferten schaffenden Künstler erfolgen kann. Die Beantwortung dieser Frage erfordert zunächst die Überlegung, inwieweit das von der Tradition vorgegebene Gedankengut frei von urheberrechtlichem Schutz und inwieweit es an solchen gebunden ist.

I. Der urheberrechtsfreie Raum und seine Grenzen

1) Künstlerisches Allgemeingut

Auf Grund der im ersten Abschnitt dieser Abhandlung angestellten Erörterungen über die Schutzkriterien des geschützten Werkes⁹⁶⁾ kann hier davon ausgegangen werden, daß sich der urheberrechtliche Schutz nur auf das konkrete Einzelkunstwerk bezieht und auch in diesem nur die Elemente umfaßt, die dem schöpferischen Geist des Urhebers entspringen, sich als die individuellen Züge des Werkes darstellen.

Setzt man diese Grundsätze in Beziehung zu den beiden vorstehend⁹⁷⁾ unterschiedenen Einflußformen des Gemeingeistes, der kulturellen Tradition auf den schaffenden Geist, so läßt sich die Möglichkeit einer Urheberrechtsverletzung ohne weiteres für all die Fälle ausschließen, in denen der Kunstschaffende sich lediglich auf die Benützung der von der Gesamtheit der Einzelwerke abstrahierten Gestaltungs- und Formgesetze, der allgemeinen, künstlerischen Theorien und Lehren beschränkt, also das tut, was oben unter dem Schlagwort der Übernahme künstlerischen Allgemeinguts ohne Werksbezogenheit zusammengefaßt wurde.

Richtet sich dagegen der Künstler im Sinne der zweiten obigen Alternative an dem konkreten Werkschaffen eines anderen Autors aus, so kann er sich zwar noch immer im schutzfreien Raum bewegen, eine Kollision mit geschütztem Gedankengut ist aber möglich. Sie kann noch generell ausgeschlossen werden, soweit sich die Anlehnung auf den Stil, die Schaffensmanier des Vorbilds, beschränkt⁹⁸⁾. Sie kann jedoch nur von Fall zu Fall ausgeschlossen werden, wo eine konkrete Anlehnung an ein Einzelwerk erkennbar ist. Schutzfrei bleibt nur die Übernahme des im konkreten Werk niedergeschlagenen, „werkbezogenen“, künstlerischen Allgemeinguts, wie es die Tonskala (im Gegensatz zu konkreter Tonfolge), die harmonischen und rhythmischen Prinzipien, die musikalische Form, die aus dem Werk ersichtlich Gesetzmäßigkeiten der Polyphonie, des Satzbaues, der Instrumentierung, der Dyna-

⁹⁶⁾ vgl. oben § 1 und § 2

⁹⁷⁾ vgl. oben § 3

⁹⁸⁾ vgl. oben § 1, I

mik, darstellen. Hiervon zu trennen sind die individuellen Züge des Werkes, die in der intuitiv gewordenen Beziehung der genannten, technischen Elemente zu einander, in der eigenartigen Anordnung dieser Elemente zu sehen sind.

Zu betonen ist noch, daß diese zum künstlerischen Allgemeingut zählenden Elemente des Tonwerkes, ähnlich wie die wissenschaftliche Lehre in einem Lehrbuch, auch dann ungeschützt bleiben, wenn sie neu sind, wenn also das Allgemeingut gerade durch das betreffende Werk erweitert, fortgebildet wird⁹⁹⁾.

2) Schutzunfähige Werkteile

Streng zu unterscheiden von den individuellen und den dem Allgemeingut entwachsenden Bestandteilen eines Kunstwerkes als lediglich ideell zu abstrahierenden und zu ergreifenden Teilen sind dessen konkrete, durch zeitliche oder räumliche Zerstückelung des Werkes entstehende Teile. Für sie gilt der aus § 41 LitUrHG zu entnehmende, auch in den amtlichen Entwürfen¹⁰⁰⁾ niedergelegte Grundsatz, daß sie in gleicher Weise geschützt sind wie das Gesamtwerk, wenn sie den Schutzvoraussetzungen genügen, also in erster Linie als eine individuelle, musikalische Schöpfung angesehen werden können¹⁰¹⁾.

Ulmer a.a.O. rügt mit Recht die zu enge Fassung Allfelds¹⁰²⁾, der den Werkteil nur für schutzfähig hält, wenn er die Individualität des Werkes offenbart. Richtigerweise ist auf den Werkteil als solchen abzustellen. Weist er die Merkmale einer individuellen Schöpfung auf, so ist er geschützt, ohne daß es auf sein Verhältnis zum Gesamtwerk¹⁰³⁾ oder dessen Individualität ankäme¹⁰⁴⁾.

Diese Grundsätze erfordern und ermöglichen es, alle konkreten Werkbestandteile, denen nicht die Kennzeichnungskraft schöpferischer Individualität zukommt, aus dem Kreis des geschützten Gedankengutes auszuscheiden.

Dies gilt für einzelne rhythmische Figuren, für einen einzelnen Melodieton, einen einzelnen eigentümlichen Akkord¹⁰⁵⁾. Bei Verbindungen von mehreren Melodietönen zu einer melodischen Figur oder Phrase oder bei eigenartigen Akkordverbindungen läßt sich die Abgrenzung nicht mehr mit Allgemeingültigkeit durchführen.

⁹⁹⁾ Man denke etwa an die Einführung einer neuen Tonskala (Ganztonleiter) oder an neue, harmonische Gesetzmäßigkeiten, die in das Kulturgut eingehen und schutzfrei bleiben. Vgl. hierzu auch Hubmann, schöpf. Geist S. 103, Baumann S. 47

¹⁰⁰⁾ vgl. Entwurf 1932 § 1 Abs. 2, Entwurf 1954 Begr. S. 82

¹⁰¹⁾ Ulmer UR S. 83

¹⁰²⁾ Komm. z. LUG § 41 Anm. 3

¹⁰³⁾ so RG 116, 303

¹⁰⁴⁾ wie hier Ulmer UR S. 83, ähnlich Baumann S. 47

¹⁰⁵⁾ vgl. Baumann a.a.O., Hubmann, schöpf. Geist S. 103

Angesichts des lange Zeit hindurch in weiten Kreisen anerkannten Primats der Melodie in der Musik¹⁰⁶⁾, das für weite Gattungen der Musik auch heute noch berechtigt ist¹⁰⁷⁾, ist es nicht verwunderlich, daß gerade der Schutz von melodischen Werkteilen zu vielfacher Diskussion geführt hat. Da hierauf im einzelnen im späteren Zusammenhang bei der Erörterung des Rechtsschutzes der Melodie zurückzukommen ist, sei an dieser Stelle ein Eingehen auf die Begriffsverwirrung zwischen den Begriffen Motiv, Melodie, Thema und Leitmotiv zurückgestellt. Es mag genügen, daß eine melodische Wendung im Werk als schutzunfähiger Werkteil frei ist, solange sie nicht geeignet ist, künstlerische Individualität zu kennzeichnen und damit als eigentümliche Schöpfung zu erscheinen. Gleiches muß für eigenwillige Harmonieschritte gelten, denen nicht etwa generell die individuelle Kennzeichnungsfähigkeit abgesprochen werden kann¹⁰⁸⁾.

3) Gemeinfreie Werke

Der urheberrechtsfreie Raum umfaßt neben dem künstlerischen Allgemeinut mit oder ohne Bezogenheit auf ein konkretes Einzelwerk und neben den faktischen Teilen der geschützten Werke, die sich nicht als individuelle Schöpfungen qualifizieren lassen, sämtliche Elemente der Kunstwerke, die durch Ablauf der Schutzfristen, die im LitUrhG und auch in den amtlichen Entwürfen vorgesehen sind¹⁰⁹⁾, gemeinfrei geworden sind. Diese Werke kann sich de lege lata der nachschaffende Künstler uneingeschränkt zu Diensten machen; ob de lege ferenda eine Einschränkung im Sinne eines Schutzes gegen Entstellung zu erwarten ist, steht dahin¹¹⁰⁾.

II. Der Bereich des Urheberrechtsschutzes und dessen Berechtigung

Der Bereich derjenigen Bestandteile des von der Tradition dem schaffenden Künstler vorgegebenen Gedankengutes, das zugunsten seiner Schöpfer urheberrechtlich geschützt ist, ergibt sich durch Ausscheidung des beschriebenen, urheberrechtsfreien Gedankengutes. Er umfaßt, stichwortartig zusammengefaßt, die individuellen Züge der noch nicht gemeinfreien, schutzfähigen Werke und Werkteile.

In diesem Bereich kommt der schaffende Geist, der sich an vorgegebenes Gedankengut anlehnt, in Konflikt mit dem Urheberrechtsschutz, der der Garantie und Erhaltung des aus früherem Werkschaffen erwachsenden geistigen Eigentums¹¹¹⁾ dient und hierin seine ethische Rechtfertigung findet. Der schöpferische Geist, der in Entfaltung seines Persönlichkeitswertes kultu-

¹⁰⁶⁾ siehe z. B. Pfitzner, Bd. 2, S. 195 „Die Melodie ist die Hauptsache in der Musik“, a. A. sehr illustrativ bei Kohler, Autorrecht S. 222, der mit Recht die musikalische Gesamtgestaltung über die Melodie stellt.

¹⁰⁷⁾ Nicht mehr gelten kann es für die zeitgenössische Kunstmusik, in der weitgehend das melodische Element zugunsten des Konstruktiven, Architektonischen zurückgetreten ist.

¹⁰⁸⁾ vgl. Kohler, Autorrecht S. 222.

Man denke an Wagners „Tristan“ oder an Skrjabin

¹⁰⁹⁾ § 29 LitUrhG, Entwurf 1932 §§ 52 ff.; Entwurf 1954 §§ 61 ff.

¹¹⁰⁾ vgl. hierzu Ulmer S. 208

¹¹¹⁾ Bezüglich der einschränkenden dogmatischen Berechtigung dieses Begriffes vgl. Ulmer S. 60, 61

rellen Fortschritt schafft, hat ein in dem objektiven Wert seiner Schöpfung begründetes Anrecht auf Anerkennung der Zugehörigkeit seiner Schöpfung zu ihrem Schöpfer¹¹²⁾. Auch der Vermögenswert, der der Schöpfung innewohnt, muß als Ergebnis des Schaffens dem Schaffenden gehören, um ihm durch Erhaltung seiner körperlichen Existenz das geistige Schaffen zu ermöglichen¹¹³⁾. Grundlegende ethische und naturrechtliche Erkenntnisse rechtfertigen somit einen angemessenen, wirksamen Schutz des Autors gegen Eingriffe in seine durch die Werkschöpfung verkörperte Persönlichkeits- und Vermögenssphäre¹¹⁴⁾.

§ 5 Die freie Benutzung und die abhängige Nachschöpfung als Ergebnis der Notwendigkeit der Benutzung vorgegebenen Gedankengutes einerseits und dessen urheberrechtlicher Bindung andererseits

I. Der Interessenwettstreit zwischen dem Schutz alten und der Förderung neuen Werkschaffens und seine Lösungsmöglichkeiten

Aus den bisherigen Erörterungen geht hervor, daß ein Kunstschaffender, der die individuellen Züge eines geschützten Werkes oder Werkteiles als Grundlage oder Anregung zur Schöpfung eines neuen Werkes zu verwerten beabsichtigt, außerhalb des urheberrechtsfreien Raumes steht. Seine Interessen an einer ungehinderten Entfaltung seiner Persönlichkeit in Form der beabsichtigten, mehr oder minder weitreichenden Nutzung der individuellen Werkzüge des erwähnten Vorbildes widersprechen den Interessen des Schöpfers dieses Vorbildes auf ungeschmälerte Erhaltung des Persönlichkeits- und Vermögenswerts des Originalwerks. In den Bereich dieses Interessenkonflikts treten aber auch, und dies scheint besonders bedeutsam, die Interessen der Allgemeinheit, die sowohl auf eine uneingeschränkte und unverfälschte Erhaltung bestehender Kulturgüter einerseits, als auch auf eine Fortbildung und Bereicherung von Kunst und Wissenschaft durch Schaffung neuer Werte andererseits gerichtet sind¹¹⁵⁾.

Auch ohne ein weiteres Eingehen auf die Vielfalt der Bedeutung dieser Interessenkollision erklärt diese Überlagerung dreier völlig verschieden gestalteter und in verschiedenen Wertordnungen stehender Interessenkomplexe die vielfach für unlösbar erachtete Schwierigkeit der rechtsdogmatischen Lösung dieses Konfliktes.

Als theoretische Lösungsmöglichkeiten bieten sich bei näherer Betrachtung zwei extreme Erscheinungsformen an.

¹¹²⁾ so Hubmann, schöpf. Geist S. 51 ff., vgl. auch Elster GRUR 1940, 408, der offenbar beeinflusst von nationalsozialistischem Gedankengut an Stelle der objektiven Wertmessung die Wertung der Volksgemeinschaft setzt.

¹¹³⁾ vgl. Hubmann, schöpf. Geist S. 56

¹¹⁴⁾ ähnlich Hubmann, schöpf. Geist S. 56. „Die individuelle Leistung muß in ihrem kulturellen, wirtschaftlichen und sittlichen Wesen von Mitmenschen respektiert werden.“

¹¹⁵⁾ vgl. zu diesem Problem der Interessenabwägung Elster GRUR 1921, S. 41, der allerdings die Interessen des Nachschaffenden ebenso außer acht läßt wie die den Interessen des Originalautors parallelaufenden Interessen der Allgemeinheit; ähnlich wie hier Hubmann schöpf. Geist S. 56 ff.

1) Die erste Lösungsform erwächst aus der Möglichkeit, die Benutzung der individuellen Züge geschützter Werke und Werkteile für Zwecke geistigen Neuschaffens uneingeschränkt zu gestatten, also die unveränderte oder veränderte Übernahme dieser Werkszüge in einem anderen Werk schrankenlos zu billigen. Sie verkörpert das Prinzip der uneingeschränkten freien Benutzung.

2) Ihr extrem gegenüber steht die Möglichkeit, aus jeder Benutzung der individuellen Werkszüge zu geistigem Neuschaffen die Abhängigkeit des neugeschaffenen Werks von dem bei seiner Entstehung benutzten Originalwerk zu folgern. Diese Nutzungsform verkörpert das umfassende Prinzip der abhängigen Nachschöpfung.

II. Die gemeinsamen Begriffsmerkmale der freien Benutzung und der abhängigen Nachschöpfung

Schon die bisherigen Untersuchungen über Begriff und Wesen der freien Benutzung und der abhängigen Nachschöpfung haben gezeigt, daß beide sich in ihren Erscheinungsformen in einem begrenzten Abschnitt künstlerischen Werkschaffens teilen, also durch gemeinsame Merkmale begrenzt und erfäßbar sein müssen.

Ehe diese Merkmale darzustellen sind, ist jedoch noch eine kurze Klarstellung veranlaßt. Der Begriffsgegensatz zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung muß als Gegensatz zweier Tätigkeiten von dem Gegensatz zwischen den Ergebnissen dieser Tätigkeiten, dem aus der freien Benutzung entstehenden unabhängigen Geisteswerk und der abhängigen Nachschöpfung im gegenständlichen Sinn, unterschieden werden. Da für die urheberrechtliche Betrachtung stets das geschützte Geisteswerk im Vordergrund steht, sei in der folgenden Betrachtung logisch auf die Gegenstände, also das aus der Benutzung bzw. Nachschöpfung erwachsende, abhängige oder unabhängige Werk, abgestellt.

1) Das Merkmal der Schöpfung

Von freier Benutzung oder abhängiger Nachschöpfung kann nur dort gesprochen werden, wo die Züge eines vorgegebenen Werkes zu geistigem Schaffen verwendet werden, wo also ein unter den Rechtsbegriff eines geschützten Werkes fallendes Geisteserzeugnis, eine „individuelle, geistige Schöpfung“, hervorgebracht wird.

Hierdurch grenzen sich freie Benutzung und abhängige Nachschöpfung ab von der unveränderten oder unerheblich veränderten Wiedergabe eines Werkes, die dem Werk keine neuen, individuellen Züge aufprägt, seien sie auch nur äußerlicher Art.

Bei einem Musikwerk liegt eine Schöpfung in diesem Sinne noch vor, wenn z. B. ein Orchesterwerk in einen Klavierauszug, ein Klavierwerk in ein Orchesterwerk umgesetzt wird¹¹⁰⁾, während bei bloßer Transponie-

¹¹⁰⁾ man denke an die Transskriptionen großer Orchesterwerke durch Liszt oder von Orgelwerken Bach's durch Busoni oder an die Arrangements für große Tanz- oder Jazzorchester.

rung¹¹⁷⁾ ohne Veränderung des Tonsatzes, bei Kürzungen und unveränderten Verbindungen von Tonwerken, die zu keiner Erneuerung der musikalischen Gesamtwirkung des Werkes führen, Änderungen unterhalb der urheberrechtlichen Schutzgrenze gegeben sind¹¹⁸⁾.

2) Das Merkmal der Nachschöpfung

Eine zweite gemeinsame Eigenart von freier Benutzung und unabhängiger Nachschöpfung liegt in der Übernahme bzw. Verwertung individueller Züge vorgegebener, urheberrechtlich geschützter Werke oder Werkteile. Ein Werk, das lediglich aus der Verwertung eigener, intuitiver Elemente seines Autors und künstlerischen Allgemeingutes (mit oder ohne konkreter Werksbezogenheit) erwächst, beruht niemals auf freier Benutzung oder abhängiger Nachschöpfung, sondern auf neuartigem, selbständigem Werkschaffen, demgegenüber die Frage nach Abhängigkeit oder Unabhängigkeit in jedem Falle unangebracht ist¹¹⁹⁾. Das Wesen sowohl der freien Benutzung als auch der abhängigen Nachschöpfung besteht somit nicht in der Verwertung ungeschützten, sondern in der Benutzung geschützten Gedankeninhalts, was beide Erscheinungen grundlegend von dem ungebundenen Werkschaffen auf Grund des traditionsgegebenen Allgemeinguts unterscheidet.

III. Definition

Das Wesen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung läßt sich auf Grund der vorangestellten Untersuchungen in wenigen Worten zusammenfassen:

Beide Erscheinungen stellen eine Verwertung individueller Züge einer Geistesschöpfung zu neuem, künstlerischem Schaffen dar, das seinerseits eine individuelle Geistesschöpfung zum Ergebnis hat.

Ihr Unterscheidungsmerkmal besteht in der Abhängigkeit bzw. Unabhängigkeit von dem benützten Werk, die im folgenden dogmatisch zu erfassen ist.

¹¹⁷⁾ Umschreibung in eine andere Tonart oder für ein anderes Instrument.

¹¹⁸⁾ vgl. hierzu Ulmer UR S. 99, 100;

Baumann S. 38, zur Möglichkeit durch bloße Zusammenfügung von vorgegebenen Werken eine Neuschöpfung hervorzubringen RG 153, 71 (Horst-Wessel-Lied)

¹¹⁹⁾ vgl. hierzu Ulmer UR S. 78, 162

Hubmann, schöpf. Geist S. 124, ausführlich Baumann S. 135

III. ABSCHNITT

Das Rechtsproblem der Grenzziehung zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung im Urheberrecht allgemein

§ 6 Die Notwendigkeit und Bedeutung der Abgrenzung

Im Rahmen der Erörterung des Interessenkonfliktes zwischen den Interessen der Schöpfer vorgegebenen und neuentstehenden Gedankenguts einerseits und der Allgemeinheit in Bezug auf Erhaltung und Fortbildung von Kunst und Wissenschaft andererseits ergaben sich die Erscheinungen der freien Benutzung und der abhängigen Nachschöpfung von entgegengesetzten Ausgangspunkten als Lösungsmöglichkeiten. Rein logisch betrachtet bestünde hievon ausgehend die Möglichkeit, das Problem der Abgrenzung zwischen der abhängigen und der unabhängigen Form der Nachschöpfung aus der Urheberrechtstheorie dadurch zu eliminieren, daß sämtliche Erscheinungsformen der Nachschöpfung einheitlich entweder als abhängig oder unabhängig vom Original beurteilt würden. Hiebei könnten keine ernsthaften Abgrenzungsschwierigkeiten auftauchen, das Problem wäre mit der Ziehung der bereits oben¹²⁰⁾ abgesteckten Grenzen zwischen individuellen Werkszügen und künstlerischem Allgemeingut einerseits und zwischen individuellen, geistigen Schöpfungen und nicht urheberrechtsbegründenden Werksänderungen andererseits abschließend zu lösen.

Eine derartige, zweifellos sehr vereinfachende, einheitliche Betrachtung der Nachschöpfungserscheinungen ist jedoch undurchführbar. Ihre praktischen Ergebnisse würden häufig den Erfordernissen der Wissenschaft und Kunst und den naturrechtlichen Grundgedanken des Urheberrechts so kraß zuwiderlaufen, daß sie untragbar erscheinen müßten. Die einheitliche Betrachtung würde entweder, bei einheitlicher Unabhängigkeit der Nachschöpfung jede auch nur auf relativ geringfügigen Änderungen eines vorgegebenen Werkes beruhende Neuschöpfung jeglicher Einwirkung und Verwertung durch den Urheber des Originalwerkes entziehen oder bei einheitlicher Abhängigkeit jedes auf konkrete Beeinflussung durch vorgegebenes, individuelles Kunstgut zurückgehende Werkschaffen unterbinden. Sie würde also

¹²⁰⁾ § 5, II, 1 und 2

entweder dem Plagiat, der Verballhornung und Verschandelung bestehenden Kunstgutes Tür und Tor öffnen oder der Kunstentwicklung unerträgliche, hemmende Fesseln anlegen.

Die Grenze, die dem Schutz des Urhebers vorgegebenen Gedankenguts gegen den neuschaffenden Künstler zu ziehen ist, muß also innerhalb des Bereiches der Nachschöpfung¹²¹⁾ liegen, muß die Erscheinungsformen der Nachschöpfung in abhängige und unabhängige teilen.

Dies ist nicht nur der Standpunkt der geltenden Gesetze¹²²⁾ und der amtlichen Entwürfe zur Urheberrechtsform¹²³⁾, sondern ist auch in der Literatur nie bestritten worden.

Schon Kohler in seinem Autorrecht¹²⁴⁾ hat diese Gedanken sehr illustrativ entwickelt, indem er einerseits aufzeigte, daß dem Autor eines guten Romans nicht zugemutet werden könne, daß die „feinen, pikanten Züge“ seines Werks von einem schlechten Bühnenautor in „möglichst grotesker, handgreiflicher Form auf die Bretter“ gebracht würden, und indem er andererseits auf die Verarbeitung vorgegebener, fremder Sujets durch Shakespeare und Molière verwies.

Auch in der neueren Literatur ist die Notwendigkeit konkreter Anregung für Kunst und Wissenschaft einerseits und eines wirksamen Plagiatschutzes andererseits stets hervorgehoben worden¹²⁵⁾.

Allerdings darf nicht übersehen werden, daß die Gründe für die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen abhängiger und unabhängiger (freier) Nachschöpfung auch die entscheidende Richtlinie bei der Vornahme der Abgrenzung bildet. Die Grenzziehung hat die schwerwiegende und verantwortungsvolle Aufgabe, einerseits das bestehende Kunstgut vor entwertenden Änderungen und ungerechtfertigten Ausbeutungen zu schützen und andererseits eine ungehinderte Entwicklung wertvollen, geistigen Fortschritts zu fördern. Im Bewußtsein dieser Aufgabe und in verständnisvoller Würdigung ihrer künstlerischen wie wirtschaftlichen Bedeutung ist daher die Grenze zu ziehen.

§ 7 Die Abgrenzungskriterien in Gesetz, Wissenschaft und Praxis

I. Die gesetzliche Regelung

Der Wortlaut des Gesetzes ist kurz, aber auch unklar.

§§ 13 Abs. I LitUrHG, 16 KunstUrHG schreiben im wesentlichen übereinstimmend vor:

„Die freie Benutzung eines Werkes ist zulässig, wenn dadurch eine eigenständige Schöpfung hervorgebracht wird.“

¹²¹⁾ in technischem Sinne der obigen Darlegungen unter § 5, II, 1, 2

¹²²⁾ § 13 LitUrHG, § 16 KunstUrHG

¹²³⁾ Entwurf 1932, § 4 Abs. 2, Entwurf 1954 §§ 15, 16

¹²⁴⁾ S. 217 ff.

¹²⁵⁾ so Ulmer S. 163, ausführlich Hubmann, schöpf. Geist S. 125

Dieser mißglückte Gesetzeswortlaut dürfte der Grund für den lange Zeit hindurch völlig unzureichenden, praktischen Rechtszustand in der Frage des Plagiatschutzes und für die auch heute noch vielfach bestehende Unklarheit hinsichtlich der gegenständlichen Abgrenzung bilden.

Der wesentlichste Vorwurf, der dem Gesetz mit Recht gemacht wurde, ist die Mißverständlichkeit des Begriffes „eigentümliche Schöpfung“, der als Abgrenzungsmerkmal ungeeignet erscheint. Da das Hervorbringen einer eigentümlichen Schöpfung angesichts der weitgehenden Gleichbedeutung des Begriffes mit dem der „individuellen Schöpfung“ nicht ein Privileg der unabhängigen Nachschöpfung, sondern ein gemeinsames Wesensmerkmal jeder Nachschöpfung, also auch ein Merkmal der abhängigen Nachschöpfung bildet, kann das Vorliegen einer „eigentümlichen Schöpfung“ nicht als Kennzeichen für die freie Benutzung gewertet werden, sondern ist bei Licht betrachtet hinsichtlich der Abgrenzung der abhängigen von der unabhängigen Nachschöpfung indifferent.

Dies wurde von der Wissenschaft klar erkannt und hervorgehoben¹²⁶⁾ mit der Folge allerdings, daß mit der Erkenntnis von der praktischen Unbrauchbarkeit des wesentlichsten Tatbestandmerkmals das Gesetz weitgehend jede Unterscheidungskraft verlor.

II. Die Abgrenzungsbemühungen in der Wissenschaft

1) Es wurde bereits vorausgeschickt, daß die gesetzliche Regelung durch die Erkenntnis von der Unklarheit des Merkmals der „eigentümlichen Schöpfung“ eine weitgehende Entwertung erfahren hatte. Trotzdem versuchte die Wissenschaft am Gesetzeswortlaut festzuhalten, nicht ohne hierdurch die ohnehin hinreichend unübersichtliche Abgrenzungsfrage noch zu komplizieren. Soweit ersichtlich, wurden hiebei im wesentlichen zwei Wege gegangen.

Marwitz-Möhring¹²⁷⁾ versuchte zu unterscheiden zwischen einer Abgrenzung des Begriffes der „eigentümlichen Schöpfung“ gegenüber der Allgemeinheit und gegenüber dem Autor des benutzten, vorgegebenen Werkes, wobei er im ersteren Fall einen geringen Änderungsgrad gelten lassen und im letzteren einen strengeren Maßstab anlegen wollte. Er arbeitete somit mit zwei verschiedenen Begriffen der „eigentümlichen Schöpfung“, je nachdem ob die Abgrenzung einer Schöpfung von einer Nichtschöpfung oder einer abhängigen von einer unabhängigen Schöpfung in Betracht kam.

Demgegenüber schlug Allfeld¹²⁸⁾ vor, das Hauptgewicht der Beurteilung auf die „Freiheit“ der Benutzung zu legen, indem er für die unabhängige Nachschöpfung forderte, diese müsse sich „vom Banne der Individualität des ersten Autors freigemacht, auf eigene Füße gestellt“ haben.

¹²⁶⁾ Allfeld LUG Anm. 2 zu § 13, Kohler UR S. 213 Anm. 74, Marwitz-Möhring S. 146, Ulmer S. 163

¹²⁷⁾ S. 146

¹²⁸⁾ LUG, Anm. 2 zu § 13

Ulmer¹²⁹⁾ scheint das von ihm gegebene Abgrenzungskriterium, auf das noch zurückzukommen ist, aus einer Kombination dieser beiden Möglichkeiten herzuleiten, indem er empfiehlt, die Merkmale der Freiheit der Benutzung und der Eigenart der Schöpfung¹³⁰⁾ als Einheit zu betrachten.

Gegen beide Lösungsmöglichkeiten bestehen Bedenken, obwohl sie, wie ja die Mehrzahl der Abgrenzungsbestrebungen, durchaus zu den richtigen Ergebnissen führen können.

Ein Verfahren das darauf aufbaut, ein und demselben Begriff, nämlich dem der „eigentümlichen Schöpfung“, je nach Betrachtungsweise zweimal grundverschiedenen, normativen Gehalt beizulegen, muß zwangsläufig zu Mißverständnissen führen und erscheint daher zur praktischen Handhabung nur bedingt geeignet.

Die Verwertung des Merkmals der Freiheit der Benutzung scheint rein logisch nicht haltbar, da sie eine Verquickung des gesetzlichen Tatbestandes mit seinen Merkmalen enthält. Der dogmatisch zu erfassende und zu begrenzende Begriff ist die „freie Benutzung“ oder mit anderen Worten die Freiheit oder Unabhängigkeit der Nachschöpfung. Das zu lösende Problem besteht also darin, in geeigneter Weise zu beschreiben, wann eine Benutzung (eine Nachschöpfung) frei (unabhängig) ist, was nicht dadurch geschehen kann, daß man sagt, „wenn sie frei ist“. Hiermit wäre nichts gewonnen. Wie erforderlich eine derartige Klärung der Problemstellung ist, zeigt als abschreckendes Beispiel aus der Praxis, das hier vorweggenommen werden soll, die Entscheidung RG 129, 252, in der die Begriffsverwirrung hinsichtlich der Begrenzung der freien Benutzung so weit getrieben wird, daß das RG an Hand der Bestimmung des § 13 Abs. 1 LitUrhG zwischen zulässiger, freier Benutzung, die eine eigentümliche Schöpfung zum Ergebnis hat und unzulässiger, freier Benutzung, die keine solche hervorbringt, unterscheidet.

Gegenüber dieser, auf völliger Verkennung der Bedeutung des § 13 Abs. 1 LitUrhG beruhenden Darstellung ist zu betonen, daß diese Vorschrift, wie auch § 16 KunstUrhG, nur die Bedeutung haben kann, an Hand von Tatbestandsmerkmalen festzulegen, unter welchen Voraussetzungen eine begrifflich immer zulässige, freie Benutzung eines Werkes vorliegt. Da das einzige vom Gesetz gegebene Merkmal, das Entstehen einer eigentümlichen Schöpfung, als Kennzeichnung nicht geeignet ist, obliegt es der Lehre, de lege lata geeignetere Merkmale zu finden. Die „Freiheit“ der begrifflich „freien“ Benutzung verhilft in diesem Bestreben zu keinem Fortschritt.

2) Einen Fortschritt bildete jedoch die Erkenntnis, daß die Benutzung dann frei ist, wenn sie einen anderen, bisher nicht vorhandenen Schutzgegenstand zum Ergebnis hat.

¹²⁹⁾ UR, S. 163

¹³⁰⁾ Wobei die „Eigenart“ der Schöpfung wohl entsprechend dem Vorschlag Marwitz-Möhrings von der „Individualität“ der Schöpfung im Sinne des allgemeinen Werksbegriffes unterschieden werden soll.

Kohler¹³¹⁾ formulierte dieses Prinzip einleuchtend wie folgt:

„Der Urheberrechtsschutz reicht soweit wie sein Gegenstand. Sobald daher jemand auf einen anderen Gegenstand übergeht, wenn auch auf Grund der Anregung, welche er von einem anderen Gegenstand erfahren hat, ist von einer Verletzung des Autorrechts keine Rede mehr.“

Dieser Darstellung entspricht auch das von Allfeld¹³²⁾ für das Vorliegen einer Bearbeitung (im generellen Sinn einer abhängigen Nachschöpfung) aufgestellte Erfordernis „unberührt gelassener Identität“, das auch von der Praxis des Reichsgerichts aufgegriffen wurde. Hierauf ist noch zurückzukommen.

Dieses Kriterium ist für die Abgrenzung äußerst wertvoll, allerdings nur dann, wenn es richtig verstanden wird, und von der Erkenntnis getragen wird, daß nur besonders einschneidende Umbildungen des benutzten Gedankenguts zur Bildung eines neuen, anderen Schutzgegenstandes führen. Jede abhängige Nachschöpfung, jede Umgestaltung des Werkes im Rahmen unfreier Benutzung steht demgegenüber einer Umarbeitung eines Möbelstückes, eines Anzuges oder Hutes gleich und wie eine solche ändert sie an der Identität des bearbeiteten Gegenstandes nichts, solange nur dieser Gegenstand erhalten bleibt und nicht zu etwas völlig neuem umgestaltet wird. Geht man von einem so verstandenen Identitätsbegriff aus, so findet bei einer Nachschöpfung ein Wechsel des Schutzgegenstandes, eine Zerstörung der Identität des geschützten Werkes in der Tat nur dann statt, wenn die Urheberrechte des Autors des benützten Werkes untergehen, wenn freie Benutzung vorliegt.

Der Mangel dieses somit richtigen und brauchbaren Abgrenzungskriteriums liegt in seinem hohen Abstraktionsgehalt, der die Frage nahelegt, wann denn bei einer Nachschöpfung die Werkidentität zerstört wird, unter welchen Voraussetzungen ein Wechsel des Schutzgegenstandes eintritt.

3) Bei der Beantwortung dieser Frage, die zumeist nicht auf dem Boden der klaren Grenzziehung Kohlers vorgenommen wurde, entstanden sowohl bezüglich der Methode als auch bezüglich des Ergebnisses der Untersuchungen Irrtümer.

In der Methode versuchte man zunächst auf die Frage abzustellen, was aus dem benutzten Werk übernommen worden war und inwieweit das übernommene geändert worden war. Diese Versuche wurden im wesentlichen in der Schweizer Urheberrechtsliteratur unternommen¹³³⁾, Anklänge hieran finden sich in der deutschen Literatur soweit ersichtlich nur bei Elster¹³⁴⁾.

Im übrigen Schrifttum erkannte man jedoch, daß die Abgrenzung methodisch nur unter Einbeziehung des Ergebnisses des Nachschaffens, des neuen

¹³¹⁾ UR, 212

¹³²⁾ LUG Anm. 2 zu § 13

¹³³⁾ vgl. hierzu Baumann S. 137, 138 mit Zit.

¹³⁴⁾ Ufita 8, 44 (51)

Werkes, vorgenommen werden konnte, daß die Methode in einem Vergleichen des benutzten mit dem neu entstandenen Werk zu bestehen hatte. Diese methodische Erkenntnis findet heute allgemeine Anerkennung¹³⁵⁾.

Die unrichtige, methodische Vorstellung, die Abgrenzung von den aus dem benutzten Werk entnommenen Elementen her vornehmen zu können, führte zu irrigen Ergebnissen.

Man verwischte die Unterscheidung zwischen geschützten und ungeschützten Werkelementen einerseits und abhängiger und unabhängiger Nachschöpfung andererseits und suchte das Wesen der freien Benutzung als Übernahme bloßer Motive oder Ideen¹³⁶⁾, oder als Übernahme unwesentlicher Werkteile¹³⁷⁾ im Gegensatz zur Übernahme geformter, wesentlicher Bestandteile zu charakterisieren. Beide Abgrenzungsversuche beruhten auf einer Verkennung des Wesens der freien Benutzung als einer begrifflichen Nachschöpfung, die die Übernahme konkreter, individueller Werkzüge, also geschützter Elemente, von Werken oder Werkteilen voraussetzt, während bloße Motive und Ideen und unwesentliche, also nicht zur Entwicklung eigener Individualität fähige Werkteile in den urheberrechtsfreien Raum¹³⁸⁾ einzuordnen sind.

Aber auch auf der allgemein gebilligten, richtigen, methodischen Grundlage kam man zu unhaltbaren Ergebnissen.

Goldbaum¹³⁹⁾ z. B. schoß weit über das Ziel hinaus, indem er für das Vorliegen freier Benutzung das Erfordernis aufstellte, daß die benutzten Elemente des alten Werkes in dem neuen nicht mehr erkennbar sein dürften.

Zu eng erscheint auch eine Formulierung Marwitz-Möhrings¹⁴⁰⁾, wonach „das benutzte Werk nicht mehr als alles was durch seine Existenz Gemeingut geistigen Schaffens geworden ist, Grundlage der neuen, geistigen Leistung sein dürfte“.

Gerade das konkrete, Individuelle im benutzten Werk wird sich weit eher als Grundlage der Nachschöpfung darstellen, als das benutzte Allgemeingut, ohne daß allein hiewegen der Ausschluß freier Benutzung gerechtfertigt wäre.

Abgesehen von diesen etwas weitgehenden Einschränkungen haben sich auf dem Boden der methodischen Gegenüberstellung des benutzten und des als Ergebnis der Nachschöpfung entstehenden Werkes eine Reihe von durchaus zu billigenden Formulierungen eines Abgrenzungskriteriums entwickelt, die das heute in der Wissenschaft als vorherrschend anzusehende Grundprinzip der Abgrenzung erkennen lassen.

¹³⁵⁾ vgl. Runge S. 138, Allfeld LUG Anm. 2 zu § 13 ebenso zu verstehen wohl Ulmer S. 163, Hubmann schöpf. Geist S. 125, Baumann S. 138

¹³⁶⁾ vgl. Elster, Ufita 8, 44 (51); Dienstag-Elster S. 8

¹³⁷⁾ so zum Teil in der Schweizer Literatur, vgl. die Zitate bei Baumann S. 137

¹³⁸⁾ vgl. oben § 4, I

¹³⁹⁾ UR S. 151 ff.

¹⁴⁰⁾ S. 138

Besonders deutlich für den gemeinsamen Grundgedanken dieser im wesentlichen nur in der Formulierung voneinander abweichenden Abgrenzungskriterien ist die Formulierung Ulmers¹⁴¹⁾.

„Frei ist die Benutzung nur da, wo angesichts der Individualität des neuen Werkes die Züge des benützten Werkes verblassen.“

In ähnlicher Richtung geht eine Formulierung Marwitz-Möhrings¹⁴²⁾, wonach

„das neue Werk bei einem Vergleich mit dem Urwerk den Eindruck des Urwerks vergessen machen muß“.

Etwas spezieller ist das Kriterium bei Hubmann¹⁴³⁾.

„Das neue Werk muß einen so hohen Grad an Individualität aufweisen, daß daneben die Benutzung der individuellen Züge des anderen Werkes nur als Anregung erscheint.“

Dieses Kriterium will Hubmann allerdings zudem auch noch dahingehend einschränken, daß zur Annahme freier Benutzung das neue Werk „um kultureller Ziele willen, nicht um nur am wirtschaftlichen Erfolg des benutzten Werkes teilzunehmen“ geschaffen sein muß¹⁴⁴⁾.

Ganz ähnliche Gedanken läßt auch eine frühere Formulierung Kohler's¹⁴⁵⁾ erkennen:

„Nur eine solche Verarbeitung ist gestattet, welche über das Maß der Ausbeutung des musikalischen Gedankens hinausgeht, welche den gegebenen musikalischen Typus zu einer neuen musikalischen Individualität gestaltet.“

Diese kurze Übersicht mag ausreichen, um den derzeitigen Stand der Wissenschaft zu umreißen. Er läßt sich dahin zusammenfassen, daß das Wesen der freien Benutzung in der Schaffung eines neuen Schutzgegenstandes gesehen wird, die dann vorliegt, wenn das benutzte Werk oder die benutzten Werkteile durch die Leistung des Nachschöpfers soweit umgestaltet werden, daß die Züge des benutzten Werkes hinter die neugeschaffenen Züge des neuen Werkes zurücktreten, wenn, wie Baumann¹⁴⁶⁾ formuliert, „die Neugestaltung über die Entlehnung überwiegt“. Teils neutral, teils uneinheitlich, erscheinen die Darlegungen der verschiedenen, zitierten Urheberrechtswerke lediglich hinsichtlich des Grades, in dem die Neuschöpfung die Züge des benutzten Werkes zu überwiegen hat.

III. Die Abgrenzung in der höchstrichterlichen Praxis

Wer den Versuch machen wollte, eine theoretische Lösung der gegenständlichen Abgrenzungsfrage nur mit Hilfe der vorliegenden, höchstrichterlichen Entscheidungen zu dieser Frage vorzunehmen, der müßte eine bittere Enttäuschung erfahren. Er müßte feststellen, daß in den verhältnismäßig wenigen, einschlägigen Fällen die zur Entscheidung standen, ein praktisch ver-

¹⁴¹⁾ UR S. 163

¹⁴²⁾ S. 146

¹⁴³⁾ schöpf. Geist S. 125

¹⁴⁴⁾ schöpf. Geist S. 125 Anm. 4

¹⁴⁵⁾ Autorrecht S. 224

¹⁴⁶⁾ S. 142

wertbarer, allgemeiner Leitsatz für die Entscheidung der Abgrenzungsfrage nicht gefunden wurde, ja daß nicht einmal von brauchbaren Vorstellungen über Art und Bedeutung des Abgrenzungsproblems ausgegangen wurde.

1) Zeitlich an der Spitze stehen die beiden heftig kritisierten, als Fehlentscheidungen gebrandmarkten Entscheidungen RG 63, 158 („Durchlaucht Radieschen“) und RG 82, 16 („Lustige Witwe“). In beiden Fällen nahm das RG das Vorliegen freier Benutzung an, obwohl in beiden Fällen die Annahme bestehender Abhängigkeit näher gelegen hätte.

Bezeichnend ist, daß in beiden Entscheidungen durchaus richtige Schlagworte zum Abgrenzungsproblem enthalten sind.

So führt RG 63, 158 aus:

„Begrifflich ist der Gegensatz zu einer freien Benutzung eine Nachbildung, die sich nur durch unwesentliche Veränderungen oder Zusätze von ihrem Vorbild unterscheidet, die, in der Hauptsache die Identität des Werkes unberührt lassend, nur als eine Reproduktion des Originals bezeichnet werden kann.“

Die Entscheidung geht also von dem durchaus richtigen Gedanken der Wahrung der Werksidentität bei der abhängigen und deren Zerstörung bei der freien Benutzung aus, verkennt aber den Inhalt dieses Begriffes völlig. Dies ergibt sich schon aus dem Zusammenhang der zitierten Stelle, aus dem entnommen werden kann, daß das RG in jeder wesentlichen Änderung des Werkes eine Änderung von dessen Identität sehen will, was zwangsläufig zu irrigen Ergebnissen führen mußte.

RG 82, 16 zitiert sogar das noch heute in der Wissenschaft für wesentlich erachtete Abgrenzungskriterium:

„Entscheidend ist, ob die neue Gestaltung in so hohem Maß Ausfluß der selbständigen Geistestätigkeit ihres Verfassers ist, daß demgegenüber die Entlehnungen in den Hintergrund treten.“

Daß trotzdem beide Entscheidungen zu unrichtigen Ergebnissen kommen, hat seinen Grund in der Betrachtungsweise. Sie stellen weniger auf die Gemeinsamkeit als vielmehr auf die Verschiedenheiten der zu vergleichenden Werke ab und gewinnen überdies den zu weiten Begriff der freien Benutzung ausgehend von einem auf der Verkenntung des Identitätsbegriffs beruhenden, viel zu engen Begriff der Bearbeitung, den sie in unmittelbaren Gegensatz zur freien Benutzung stellen.

2) An diese beiden „Fehltritte“ schließen sich die im Ergebnis nunmehr sehr viel engeren Entscheidungen des Kammergerichts in KG GRUR 1926, 441 und des RG in Bd. 121, 65 an. Das Verdienst der ersteren Entscheidung, auf das bereits oben¹⁴⁷⁾ hingewiesen wurde, besteht in der Erkenntnis von der Schutzzfähigkeit auch der inhaltlichen Elemente eines Kunstwerkes und in einem entscheidenden Wandel der Methode, nämlich in dem Übergehen zu der Gegenüberstellung der ähnlichen Elemente von Urwerk und Nachschöp-

¹⁴⁷⁾ § 2, I, 3

fung, anstelle der verschiedenen oder geänderten Elemente. Dieser geänderten Betrachtungsweise schloß sich die genannte Entscheidung RG 121, 65 an. Beide Entscheidungen stellen zwar hinsichtlich der praktischen Durchführung, nicht aber hinsichtlich des theoretischen Wesens und der logisch-dogmatischen Handhabung der Abgrenzung der freien Benutzung einen Fortschritt dar.

Dies zeigt sich deutlich am Beispiel der nächstfolgenden Entscheidung RG 121, 357 (363), die folgende Formulierung enthält:

„Denn frei ist die Benutzung nur, wenn sie den fremden Gedankeninhalt so verwertet, daß das Ergebnis eine auf geistiger Tätigkeit beruhende, selbständige Verarbeitung des vorhandenen Stoffes in eigenpersönlicher Gestaltung darstellt.“

Diese Formulierung zeigt wohl unmißverständlich, daß weder die Erkenntnis von der praktischen Wertlosigkeit des Abgrenzungsmerkmals der „eigentümlichen Schöpfung“ (oder gleichbedeutend der „eigenpersönlichen Gestaltung“) noch der Unterschied zwischen der Benutzung geschützter oder ungeschützter Elemente eines Kunstwerks in der Praxis Bahn gebrochen hatte.

3) Auch in der Folgezeit ist keine systematische Beurteilung der Abgrenzungsfrage in der reichsgerichtlichen Praxis vorgenommen worden. Weder die Entscheidung RG 129, 252 noch die Entscheidung RG 169, 109 beruhen auf einer klaren, dogmatischen Problemstellung oder geben ein allgemein brauchbares Abgrenzungskriterium. Vielmehr stellt, wie schon oben¹⁴⁸⁾ erwähnt, RG 129, 252 wohl den Höhepunkt logisch-dogmatischer Begriffsverwirrung dar, indem sie zwischen „freier“ freier Benutzung und „abhängiger“ freier Benutzung unterscheiden will.

Trotzdem ist in dreierlei Hinsicht die Entscheidung RG 169, 109 bemerkenswert.

Sie erkennt, daß ein bloßes, zum künstlerischen Allgemeingut zu zählendes Objekt der Kunstgestaltung in jedem Fall „frei benutzt“ werden kann, ohne allerdings klarzustellen, daß es sich hierbei nicht um freie Benutzung (unabhängige Nachschöpfung) im technischen Sinne handelt.

Sie stellt sich gegen die im zu entscheidenden Fall vom Berufungsgericht vertretene Ansicht, freie Benutzung sei nur denkbar, wenn das benutzte Werk im neuen Werk nicht mehr erkennbar sei, die auch von Goldbaum vertreten worden war¹⁴⁹⁾.

Sie gibt schließlich eine zutreffende und sehr beachtliche Richtlinie für die allgemeine Beurteilung der Abgrenzung im Einzelfall, indem sie feststellt,

„daß ein Werk stärkerer Eigenart schwerer in einem nachgeschaffenen Werk aufgeht ohne ihm seinen charakteristischen Stempel einzuprägen, als

¹⁴⁸⁾ § 7, II, 1

¹⁴⁹⁾ vgl. oben § 7, II, 3

ein Werk schwächerer Eigenart". Dieser Gesichtspunkt stellt zweifellos ein sehr wesentliches Indiz für die Beurteilung der Wirkungsweise der übernommenen Elemente im nachgeschaffenen Werk dar.

Zu erwähnen ist noch eine zwar nicht dogmatisch, aber doch praktisch brauchbare Formulierung aus der Reichsgerichtspraxis, die erstmals in RG 82, 16 erscheint und später wiederholt übernommen wurde:

„In jedem Falle ist zu erwägen, ob der Verfasser des neuen Werkes sich von der Darstellung des älteren Urhebers so weit losgelöst hat, daß es billig erscheint, seine Tätigkeit als eine selbständige, literarische Leistung aufzufassen.“

4) Abschließend sei auf die soweit ersichtlich einzige Entscheidung hingewiesen, in der sich der BGH mit dem hier gegenständlichen Abgrenzungsproblem befaßt¹⁵⁰).

Die Entscheidung ist jedoch insofern nicht sehr aufschlußreich, als der zu beurteilende Sachverhalt einfach gelagert war und kein tieferes Eingehen auf die Problematik der Abgrenzung erforderlich war. Trotzdem scheinen zwei Formulierungen des BGH hier von Interesse. Die Entscheidung folgert aus dem Wortlaut der §§ 13 LitUrhG, 16 KunstUrhG, daß gegen eine Anknüpfung an Figuren aus fremden Werken „jedenfalls dann keine urheberrechtlichen Bedenken bestehen, wenn das neue Werk gegenüber dem vorbestehenden Werk einen solchen Grad von Selbständigkeit und Eigenart aufweist, daß von einer abhängigen Nachschöpfung keine Rede sein kann“.

Die Entscheidung fährt fort:

„Selbst wenn anzunehmen wäre, daß der Film von urheberrechtlich geschützten Teilen der Werke von D. Gebrauch mache, so läge jedenfalls nur eine gem. § 13 LitUrhG zulässige freie Benutzung vor, weil der Film eine neue selbständige Schöpfung darstellt, indem er . . . eigene Wege geht.“

Die Entscheidung ist unter zwei Gesichtspunkten zu begrüßen. Sie stellt, was die reichsgerichtliche Praxis bis zuletzt unterlassen hat, klar, daß von freier Benutzung nur bei Benutzung urheberrechtlich geschützter Werkselemente gesprochen werden kann und sie sieht in der freien Benutzung richtigerweise einen Gegensatz zu dem bisher der Rechtssprechung fremden Begriff der abhängigen Nachschöpfung. Insofern trägt sie zur Lösung des Abgrenzungsproblems bei.

IV. Die Haltung der Entwürfe zur Urheberrechtsreform in der Abgrenzungsfrage

Die Formulierungen der hinsichtlich der gegenständlichen Abgrenzung einschlägigen Bestimmungen in den wichtigsten Entwürfen zur Urheberrechtsreform sind im wesentlichen einheitlich, getragen von der Erkenntnis der Unzulänglichkeit der derzeit gültigen Formulierung in den Bestimmungen §§ 13 Abs. 1 LitUrhG, 16 KunstUrhG.

¹⁵⁰) siehe NJW 1958, 459 (Beurteilung der Filmkomödie „Der Mann, der Sherlock Holmes war“.)

1) Der Ministerialentwurf von 1932 sieht unter § 4 Abs. 2 folgenden Gesetzeswortlaut vor:

„Ein unter Benutzung eines anderen Werkes geschaffenes, aber selbständiges, neues Werk, gilt nicht als Bearbeitung.“

In der Begründung zum Entwurf wird hiezu ausgeführt¹⁵¹⁾:

„Während bei der Bearbeitung doch immer das fremde Werk den Kern bildet, tritt bei einer freien Neuschöpfung das Werk, an das sie sich anlehnt, völlig in den Hintergrund.“

2) Der Akademie-Entwurf von 1939 behält den Wortlaut des § 4 Abs. 2 des Entwurfes 1932 im wesentlichen bei, schlägt nur vor, die auf eine Fiktion hindeutende Formulierung „gilt nicht als Bearbeitung“ durch die Formulierung „ist keine Bearbeitung“ zu ersetzen¹⁵²⁾.

3) Der Referentenentwurf von 1954 sieht eine getrennte Behandlung von Bearbeitungen und sonstigen Nachschöpfungen vor; zur Regelung des Abgrenzungsproblems wird in § 16 des Entwurfes folgender Gesetzeswortlaut vorgeschlagen:

„Eine Umgestaltung des Werkes, in der es in seinen wesentlichen Zügen übernommen ist, darf nur mit Zustimmung des Urhebers des übernommenen Werkes veröffentlicht oder verwertet werden.

Für die Veröffentlichung und Verwertung eines selbständigen Werkes, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen wird, bedarf es nicht der Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes.“

Die Begründung hiezu¹⁵³⁾ übernimmt wörtlich die Begründung des Entwurfes 1932, wonach bei „einer freien Nachschöpfung das Werk, an das sie sich anlehnt, völlig in den Hintergrund tritt“.

V. Zusammenfassung und Würdigung

1) Versucht man die aufgezeigten vielfältigen Bestrebungen um die Lösung des Abgrenzungsproblems, deren Darstellung in der vorstehenden Erörterung im Hinblick auf die Fülle des Materials naturgemäß keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann, auf einen knappen Nenner zu bringen, so läßt sich das Wesen der freien Benutzung wie folgt umschreiben:

Freie Benutzung liegt vor, wenn eine unter Verwertung individueller Züge eines vorgegebenen Werkes entstehende individuelle Schöpfung mit dem benutzten Werk als Schutzgegenstand nicht identisch ist¹⁵⁴⁾, weil die Züge des benutzten Werkes angesichts der Individualität der Neuschöpfung verblassen¹⁵⁵⁾, völlig in den Hintergrund treten¹⁵⁶⁾, zur bloßen Anregung herabsinken¹⁵⁷⁾, weil die Neugestaltung über die Entlehnung überwiegt¹⁵⁸⁾.

¹⁵¹⁾ amtliche Begründung S. 37

¹⁵²⁾ vgl. hierzu auch de Boor „vom Wesen“ S. 86

¹⁵³⁾ amtl. Begründung S. 106

¹⁵⁴⁾ Kohler, Allfeld, vgl. oben § 7, II, 3

¹⁵⁵⁾ Ulmer, vgl. oben § 7, II, 3

¹⁵⁶⁾ Entwurfsbegründungen 1932, 1954, vgl. oben § 7, IV

¹⁵⁷⁾ Hubmann vgl. oben § 7, II, 3

¹⁵⁸⁾ Baumann vgl. oben § 7, II, 3

Eine Würdigung dieses Ergebnisses rechtfertigt eine weitgehend positive Beurteilung der bisherigen Lösungsvorschläge zur Abgrenzungsfrage in der Wissenschaft und in den Reformentwürfen. Die entscheidende Erkenntnis, daß der freien Benutzung eine Zerstörung, ein Wechsel der Identität des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes wesenseigen ist, ist gefestigt und wird aller Wahrscheinlichkeit nach auch in das zukünftige Urheberrechtsgesetz eingehen¹⁵⁹⁾. Dies stellt unbestreitbar einen Gewinn für die Urheberrechtsdogmatik dar.

Zu begrüßen ist auch der Umstand, daß die Entwürfe von einer Umschreibung des Wesens der freien Benutzung absehen und sich darauf beschränken, Selbständigkeit des neuen Werkes gegenüber dem benutzten zu fordern. Sie überlassen damit zu Recht die dogmatische Ausfüllung und Begrenzung des Begriffes der „freien Benutzung“ der Lehre, ohne im Gegensatz zum geltenden Recht irreführende oder problematische Abgrenzungskriterien aufzustellen.

Zuzustimmen ist auch dem Standpunkt der zusammengefaßten Lehrmeinungen, daß bei einer Vergleichung der übernommenen und neugeschaffenen Elemente in dem als Ergebnis der Nachschöpfung entstehenden Werk die neugeschaffenen Elemente überwiegen, im Vordergrund stehen, das Werk kennzeichnen müssen, wenn die Annahme freier Benutzung und damit die Ausschließung sämtlicher Rechte des Urhebers des benutzten Werkes innerlich gerechtfertigt sein soll.

3) Dennoch erscheint der derzeitige Stand der Dogmatik zur Lösung des gegenständlichen Abgrenzungsproblems nicht in jeder Hinsicht befriedigend. Zwar ist den bisherigen Erkenntnissen der Urheberrechtstheorie, wie schon betont wurde, durchaus beizutreten, aber nicht ohne auf die Notwendigkeit einer Ergänzung und Fortführung der Lehre in mancher Beziehung hinzuweisen.

Ein erster Gesichtspunkt, der der Beleuchtung wert erscheint, ist der Umstand, daß die von der bisherigen Theorie gezogene Grenze nicht auf einer logisch-theoretisch exakt zu ziehenden Linie, sondern in einem nur umrißhaft gezeichneten Raum verläuft. Symptomatisch hierfür sind die Abweichungen der verschiedenen im Kern gleichen Formulierungen in der Wissenschaft, die darauf zurückgehen, daß die verschiedenen Formulierungen auf mehrdeutigen, dehnbaren Begriffen beruhen.

So ist die Frage, wann eine Erscheinung neben einer anderen verblaßt oder hinter dieser zurücktritt, keineswegs eindeutig zu beantworten, sie läßt vielmehr eine graduell unterscheidbare Skala von Antworten zu, da die Erscheinung mehr oder minder deutlich verblasen, mehr oder weniger weitgehend hinter die andere zurücktreten kann. Es ist aufschlußreich, den Versuch zu machen, diese Skala logisch zu begrenzen. Sie beginnt dort, wo beide Erscheinungen sich in ihrer Auswirkung die Waage halten. Jenseits dieses Punktes, wo also die Wirkungen der einen Erscheinung die der

¹⁵⁹⁾ Die Entwürfe fordern ein „anderes“ Werk (1932) ein „selbständiges“ Werk (1954)

anderen „überwiegen“, beginnt die letztere allmählich zu „verblassen“, hinter die erstere „zurückzutreten“. Und sie endet dort, wo die eine Erscheinung unter der Wirkung der anderen verschwindet, wo sie „nicht mehr erkennbar ist“.

Überträgt man diese logische Erwägung auf die Urheberrechtstheorie zur gegenständlichen Abgrenzungsfrage, so läßt sich folgern, daß die bisherigen Erkenntnisse, soweit ihnen beigetreten werden kann, sich darauf beschränken, die Grenze der freien Benutzung und der abhängigen Nachschöpfung auf den Bereich zwischen dem Punkte, an dem sich die individuellen Züge des benutzten Werkes und die neugeschaffenen Züge in der Nachschöpfung die Waage halten einerseits und den Punkt, an dem die Züge des benutzten Werkes in der Nachschöpfung nicht mehr erkennbar sind andererseits zu legen. Dies wird deutlich bei einer nochmaligen rückblickenden Betrachtung und Einordnung der Lehrmeinungen in diesen Bereich. Die Formulierung Baumanns, die Neuschöpfung müsse die Entlehnung überwiegen, läßt der unabhängigen Nachschöpfung den weitesten Spielraum, sie reicht bis an die eine Grenze des Bereichs, an der sich Entlehnung und Neuschöpfung die Waage halten. Etwas enger erscheinen die Formulierungen Ulmers („Verblassen“ der entlehnten Züge) und des Reichsgerichts in RG 82, 16 („In-den-Hintergrund-treten“ der entlehnten Züge). Noch enger und bereits angenähert an die zweite Grenze sind die Formulierungen der Entwurfsbegründungen („völliges In-den-Hintergrund-treten“ der entlehnten Züge) und Hubmanns („Anregungseigenschaft“ der entlehnten Züge). Auf der Grenze steht die Formulierung Goldbaums („Nichterkennbarkeit“ des Entlehnten)¹⁶⁰.

Legt man an diese Skala der Lehrmeinungen den Maßstab des Rechtsempfindens, des, wie aufgezeigt, die Abgrenzung beherrschenden Interessenkonflikts zwischen den verschiedenen Urheber- und Allgemeininteressen an, so erscheint, wie schon bemerkt¹⁶¹), die Formulierung Goldbaums, die sich mit der Grenze dieser Skala deckt, zu eng. Zu eng dürfte auch die Formulierung Hubmanns sein. Unter einer Anregung versteht man etwas im Werk nur mittelbar Niedergeschlagenes, etwas hinter dem Werk, nicht in ihm Stehendes. Die entlehnten Werkszüge können aber in der Nachschöpfung ganz konkret erscheinen, ohne daß zwangsläufig auf das Vorliegen unfreier Benutzung geschlossen werden müßte. Das Erfordernis der Anregungseigenschaft dürfte daher den berechtigten Bedürfnissen der Kunst und Wissenschaft auf freie Werknutzung nicht voll gerecht werden, dürfte zu eng sein. Zu weit dagegen geht wohl die Formulierung Baumanns. Unmittelbar dort, wo sich Neuschöpfung und Entlehnung die Waage halten, beginnt noch nicht der Raum freier Werknutzung, man wird nicht nur ein Überwiegen, man wird ein erhebliches Überwiegen fordern müssen, was gleichbedeutend mit einem wohlverstandenen Verblassen, einem erheblichen, wenn auch nicht völligen In-den-Hintergrund-treten sein dürfte.

¹⁶⁰) die Nachweise hierzu vgl. im einzelnen oben § 7, II, III, IV;

¹⁶¹) vgl. oben § 7, II, 3

Auch wenn man aber diese Einengung von beiden Grenzen des fraglichen Raumes her vornimmt, so läßt sich doch die Unzuträglichkeit einer unverkennbaren, logischen Dehnbarkeit der verbleibenden Abgrenzungskriterien nicht ganz beseitigen. Der Rahmen wird enger, aber es bleibt ein Rahmen, keine exakte, liniengleiche Grenze. Man wird einwenden können, diese Dehnbarkeit liege in der Natur der Sache, die zu ziehende Grenze sei flüchtig und könne nicht exakt gezogen werden. Dies ist jedoch nur bedingt richtig und trifft nur im Hinblick auf die praktische Seite der Grenzziehung zu. Für diese ist es angebracht, auf Grenzfälle zu verweisen, in denen eine gerechte Grenzziehung nahezu unmöglich ist. Eine exakte Durchführung der logisch-theoretischen Grenzziehung aber ist möglich und sie stellt, da sie bis heute fehlt, ein Erfordernis dar, das nach dem heutigen Stand der Urheberrechtsdogmatik gestellt werden muß.

Auch in einem zweiten Punkt erscheinen die bisherigen theoretischen Erkenntnisse des Abgrenzungsproblems einer Fortführung zugänglich und bedürftig. Man könnte diesen Punkt schlagwortartig mit der Notwendigkeit der Eingliederung des Abgrenzungsproblems in die allgemeine Urheberrechtsdogmatik umschreiben.

Die in dieser Abhandlung der Erörterung der freien Benutzung und abhängigen Nachschöpfung vorangestellten allgemeinen Untersuchungen haben gezeigt, daß die Qualifizierung und Abgrenzung der geschützten und ungeschützten Elemente eines Kunstwerkes seit jeher mit ein Kernproblem des Urheberrechts bildet und daß eine umfangreiche Polemik hiezu entstand, bis sich die Erkenntnis von dem Gegensatz zwischen geschützten, individuellen Werkszügen und ungeschütztem, künstlerischem Allgemeingut die Bahn brach. Versucht man, diese Grenze in Beziehung zu setzen mit der Grenze zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung, so zeigt sich eine außerordentlich enge Wechselbeziehung zwischen beiden. Unterscheidet die erste Begrenzung zwischen geschützten und ungeschützten Elementen eines Einzelwerks im allgemeinen, so ergänzt die zweite Begrenzung die erste für den speziellen Fall, daß das Werk einer Neuschöpfung zugrunde gelegt wird. Für diesen Fall verliert die allgemeine Begrenzung zwischen individuellen Zügen und Allgemeingut ihre entscheidende Bedeutung und wird zur Vorfrage, während die Beurteilung der Schutzgrenze sich nach der Begrenzung der abhängigen von der freien Werknutzung bemißt. Dies zeigt sich z. B. an der oben¹⁶²⁾ zitierten BGH-Entscheidung, in der der BGH mit Recht sagen konnte, ob individuelle Werkszüge benutzt worden seien oder nicht, könne ungeklärt bleiben, falls individuelle Züge benutzt worden sein sollten, wäre die Benutzung ihrer Art nach eine freie.

Das Institut der freien Benutzung bewirkt somit im konkreten Fall eine Verschiebung der allgemeinen Grenze des Urheberrechtsschutzes am Einzelwerk bis zur Grenze der freien Benutzung.

¹⁶²⁾ vgl. oben § 7, III, 4

Diese enge Beziehung beider Grenzen müßte, so möchte man meinen, dazu führen, daß auch die für beide Grenzziehungen entwickelten Abgrenzungskriterien in einer engen Wechselbeziehung stehen und daß ihre Erkenntnis weitgehend aus dieser Wechselbeziehung erwächst. Nichts dergleichen findet sich aber im aufgezeigten Ergebnis der heutigen Dogmatik zur Abgrenzung der freien Benutzung und der abhängigen Nachschöpfung, die insoweit auf völlig neutraler Grundlage vorgenommen und nicht in das System der allgemeinen Lehren eingegliedert wird. Eine solche Einordnung erscheint aber für eine systematisch richtige Lösung und Erfassung des Abgrenzungsproblems unerläßlich.

4) Faßt man die beiden entwickelten Möglichkeiten zu einer sinnvollen Fortbildung der Dogmatik zur gegenständlichen Abgrenzungsfrage stichwortartig zusammen, so lassen sich für eine geeignete Lösung des Abgrenzungsproblems folgende Richtlinien aufstellen:

Erstrebenswert ist ein eindeutiges, logisch-theoretisch exakt bestimmbares Abgrenzungskriterium, das in enger dogmatischer Anlehnung an die allgemeinen Lehren bezüglich der geschützten und ungeschützten Elemente des Kunstwerks die Grenze zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung inhaltlich entsprechend der herrschenden Lehre so zieht, daß nur bei einem erheblichen Überwiegen der neu-geschaffenen über die entlehnten Züge der Nachschöpfung deren Unabhängigkeit gegeben ist.

§ 8 Vorschlag eines Abgrenzungskriteriums

Ein den im Vorstehenden zuletzt entwickelten Richtlinien entsprechendes Abgrenzungskriterium kann in unmittelbarer Fortführung des in Abschnitt I dieser Arbeit entwickelten, bisher nicht gebräuchlichen normativen Begriffs der „inneren Ordnung“ eines Kunstwerks gewonnen werden. Es braucht nicht betont zu werden, daß eine derartige „Neuerfindung“ höchst problematisch ist und sicherlich auf Skepsis stoßen wird. Wenn trotzdem hier versucht werden soll, einen neuen Begriff zur Lösung des Abgrenzungsproblems heranzuziehen, so beruht dieser Versuch auf der Vorstellung, daß mit dem bisherigen Begriffshaushalt der Urheberrechtstheorie eine exakte Abgrenzung der abhängigen von der unabhängigen Nachschöpfung, vor allem aber eine logische Eingliederung dieser Abgrenzung in das System der Urheberrechtstheorie nicht möglich erscheint. Um aber diesen höchst problematischen Versuch nicht etwa in den Vordergrund der Abhandlung zu rücken, seien die folgenden Ausführungen skizzenhaft auf das Notwendigste beschränkt.

Die grundsätzlichen Ausführungen über die künstlerischen Elemente des Tonwerks und über das Wesen der künstlerischen Individualität¹⁶³⁾ zu Beginn dieser Erörterung haben das Wesen der inneren Werkordnung vorweg bereits gekennzeichnet.

¹⁶³⁾ vgl. oben § 2, II, III

Die innere Werkordnung ist sonach die wirksame Vielheit der teils vorgegebenen, teils der Intuition des Autors entspringenden Elemente des Kunstwerks in ihrem strukturellen, innerlichen Zusammenhang. Sie ist der Kern der im Werk niedergeschlagenen künstlerischen Individualität¹⁶⁴).

Zieht man einen so verstandenen Begriff der „inneren Werkordnung“ zur Lösung des gegenständlichen Abgrenzungsproblems heran, so läßt sich ein Abgrenzungskriterium etwa wie folgt formulieren:

Eine Nachschöpfung ist dann von dem benutzten Werk unabhängig, wenn sie eine eigenständige „innere Ordnung“ aufweist, die mit der inneren Ordnung des benutzten Werkes oder der schutzfähigen Teile dieses Werkes nicht identisch ist.

Eine derartige Abgrenzung steht inhaltlich auf dem Boden der in der Literatur vorherrschenden, aufgezeigten Dogmatik.

Sie stellt auf den Wechsel in der Identität des Schutzgegenstandes ab, präzisiert aber die Lehre Kohlers und Allfelds dahin, daß die „Identität“ wechselt, wenn die „innere Ordnung“ wechselt. Dies könnte zwar ein Spiel mit Worten sein, ist es aber dann nicht, wenn man berücksichtigt, daß der Begriff der inneren Ordnung aus der Betrachtung des Kunstwerks und seiner Elemente, insbesondere seiner individuellen Züge erwächst und aus dieser Betrachtung normativen Gehalt gewinnt, daß er sich also, im Gegensatz zu dem neutralen Begriff der Identität, in das System der urheberrechtlichen Betrachtungsweise eingliedern läßt. Dies ist ein großer praktischer Vorteil. Die individuellen Züge eines Kunstwerks kann man vom Boden der allgemeinen Lehren aus auffinden. Sucht man ihren Kern, ihren wesentlichen Bestand, so gewinnt man eine konkrete Vorstellung von der inneren Ordnung des betreffenden Werks. Zerlegt man in dieser Weise das benutzte Werk und die Nachschöpfung zunächst als Ganzes, dann in ihren Teilen, so ist eine konkrete Handhabe für die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen freier oder unfreier Benutzung gegeben.

Der hier gemachte Abgrenzungsvorschlag schließt sich inhaltlich auch insofern an die herrschende Lehre an, als er freie Benutzung nur dort zuläßt, wo die Neuschöpfung die Entlehnungen erheblich überwiegt, wo letztere verblasen oder zurücktreten. Dort, wo sich Entlehnung und Neuschöpfung die Waage halten oder wo ein nur geringes Schwergewicht auf der Neuschöpfung liegt, kann die innere Struktur des benutzten Werks in der Vielheit ihrer Wirkungen und Zusammenhänge nicht beseitigt, nicht durch eine Neuordnung ersetzt sein. Dagegen ist eine solche umfassende Neuordnung bei weitergehender, eigenschöpferischer Gestaltung denkbar, auch ohne daß die konkreten Entlehnungen zu bloßen Anregungen werden oder im neuen Werk völlig verschwinden.

¹⁶⁴) vgl. zum Verhältnis zwischen innerer Ordnung und Werksindividualität ausführlich oben § 2, III

Entspricht die mit Hilfe des Begriffes der „inneren Werkordnung“ vorgenommene Abgrenzung der abhängigen von der unabhängigen Nachschöpfung den Erkenntnissen der herrschenden Lehre, so hat sie dieser nicht nur voraus, daß sie sich wie gezeigt in das System der Lehre von den Schutzkriterien des Kunstwerks eingliedern läßt, sondern sie gibt auch das, was an den Abgrenzungskriterien in der Urheberrechtsliteratur am meisten zu vermissen war, die logisch-theoretische Eindeutigkeit. Die „innere Ordnung“ kann nicht in mehr oder weniger weiten Umfang gewahrt sein, es kann nicht eine mehr oder weniger neue innere Ordnung entstehen, die wohlverstandene innere Ordnung ist entweder, trotz weitgehender Abwandlungen des Werkes, gewahrt, oder das neue Werk weist, trotz erkennbarer Beeinflussung und Entlehnung, eine eigenständige innere Ordnung auf. Dehnungen oder Verschiebungen der Grenze können nicht aus logisch-theoretischen Gründen, sondern nur aus Gründen der Begriffsdeutung, der Subsumierung der Sachverhalte unter den theoretisch eindeutigen Begriff der inneren Ordnung entstehen.

Diese knappen Darlegungen mögen die Grundgedanken aufzeigen, von denen aus eine Fortführung der Lehre von der Abgrenzung der freien von der unfreien Benutzung versucht werden sollte. Es ist einleuchtend, daß die Ausführungen in ihrer Kürze keine abschließende, normative Erfassung des Begriffes der „inneren Werkordnung“ und seiner Bedeutung für das Abgrenzungsproblem geben konnten und daß sie daher weitgehend Anhalt für Widerspruch bieten können. Entscheidend ist jedoch nicht, ob das was hier unter dem Begriff der „inneren Werkordnung“ gemeint ist, unter diesem oder einem anderen, normativen Begriff zusammengefaßt wird. Entscheidend ist, daß systematisch einwandfrei das gegenständliche Abgrenzungsproblem nur durch die Schaffung einer zweiten, graduellen Stufe der künstlerischen Individualität im Werk gelöst werden kann, die logisch exakt erfaßbar über dem als Schutzvoraussetzung zu fordernden Minimum an Individualität auf höherer Ebene steht, und die nur der unabhängigen, nicht aber der abhängigen Nachschöpfung zuerkannt wird.

IV. ABSCHNITT

Das spezielle Abgrenzungsproblem zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung in der Musik

Der absolute, urheberrechtliche Schutz der individuellen Züge eines Werkes zugunsten seines Schöpfers unterliegt, wie aufgezeigt, grundsätzlich einer Einschränkung zugunsten des nachschaffenden, schöpferischen Geistes, dem eine Anlehnung an diese Züge gestattet ist, wenn er nur selbst in hinreichendem Maße neuschöpferische Leistung erbringt. Die Betrachtung des Wesens und der Grundlagen künstlerischen Werkschaffens und die Gegenüberstellungen der am Schutz des Kunstwerks beteiligten Interessen haben auch gezeigt, daß diese einengende Begrenzung der Autorschutzrechte im Wesen des Kunstschaffens eine innere Berechtigung findet.

Um so befremdlicher erscheint es, daß die Behandlung des Problems freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung in der Musik sich nicht auf die Aufzeigung dieser jedem Kunstschutz wesenseigenen und daher vom Recht zwangsläufig zu ziehenden Grenze beschränken kann, sondern genötigt ist, eine nach geltendem Recht für das Musikschaffen getroffene Sonderregelung zu beschreiben.

Diese Sonderregelung, die sonach im Wesen des Kunstschaffens keinen Grund findet und die unter dem Schlagwort „starrer Melodienschutz“ in der Wissenschaft und in den interessierten Kreisen viel erörtert und auch viel kritisiert worden ist, kann ihrem Wesen nach nur ausgehend von der Grundsatzregelung des allgemeinen Abgrenzungsproblems zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung zutreffend erfaßt werden, weshalb deren ausführliche Erörterung vorangestellt werden mußte. Erst an diese Grundlegung kann sich die nunmehr vorzunehmende Lösung des nach geltendem Recht irregulären Abgrenzungsproblems im musikalischen Urheberrecht im allgemeinen und im besonderen anschließen. Dies sei zur systematischen Eingliederung der folgenden Ausführungen in die vorliegende Arbeit vorausgeschickt.

§ 9 Der starre Melodienschutz

I. Begriff und Wesen des starren Melodienschutzes

Das geltende Recht wird hinsichtlich der hier zu beurteilenden Frage der musikalischen Nachschöpfung bestimmt und beherrscht von einem gesetzlich normierten Primat der Melodie vor allen anderen Schutzelementen des Tonkunstwerks. Ausgehend von der weitverbreiteten und teilweise berechtigten

Vorstellung, daß die Melodie das wesentlichste, individuelle Element des Tonkunstwerkes sei¹⁶⁵⁾, und daß dieses Element daher in besonderem Maße Schutz bedürfe und verdiene, wurde auf Betreiben interessierter Kreise in das LitUrhG ein Schutzprivileg zugunsten der Melodie aufgenommen, das die freie Benutzung melodischer Elemente vorgegebenen Kunstgutes nahezu völlig ausschließt.

Es braucht nicht betont zu werden, daß eine derartige Regelung nicht nur hinsichtlich ihrer Berechtigung, sondern auch bezüglich ihrer Formulierung und praktischen Durchführung äußerst problematisch sein muß und daß sie daher geeignet ist, die Urheberrechtsdogmatik in Theorie und Praxis weitgehend zu belasten. So hat denn auch das Recht der Melodie in der Urheberrechtstheorie so vielfältige und umfängliche Erörterungen erfahren¹⁶⁶⁾, daß die vorliegende Arbeit sich auch in diesem Punkte zu beschränken hat und keine umfassende Darlegung der wissenschaftlichen Polemik geben kann.

1) Die gesetzliche Regelung und ihre Merkmale

Schreibt § 13 Abs. 1 LitUrhG, wie oben¹⁶⁷⁾ aufgezeigt, vor, daß die freie Benutzung eines Werkes zur Schaffung einer eigentümlichen Schöpfung zulässig ist, so schränkt § 13 Abs. 2 LitUrhG diesen Grundsatz für das Recht der Musik dahingehend ein, daß jede Benützung eines Tonwerks unzulässig ist,

„durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einer neuen Arbeit zugrunde gelegt wird.“ Stellt man eine Klärung des Melodiebegriffs, der die Grundlage dieser Regelung bildet, zunächst zurück, so bleibt die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Melodie „erkennbar“ entnommen und der neuen Arbeit „zugrunde gelegt“ wird, zu beantworten.

Ohne praktische Bedeutung scheint die in diesem Zusammenhang in der Literatur aufgetauchte Frage zu sein, ob das Erfordernis der „Erkennbarkeit“ systematisch falsch oder richtig in den Gesetzeswortlaut eingebaut wurde, ob es sich auf die „Entnahme“ oder die „Zugrundelegung“ bezieht¹⁶⁸⁾, da die Schutzregel naturgemäß nur dann von Bedeutung ist, wenn die gegenständliche Melodie im benutzten und neugeschaffenen Werk ersichtlich ist, wenn also sowohl „Entnahme“ als auch „Zugrundelegung“ erkennbar sind.

Ausfüllungsbedürftig erscheint dagegen das Merkmal der Erkennbarkeit. Wann eine Melodie „erkennbar“ entnommen und neu verwertet ist, ist objektiv nur schwer zu bestimmen¹⁶⁹⁾. An Hand des Notenbildes lassen sich bei verschiedenen Werken häufig Übereinstimmungen feststellen, die bei akustischer Wahrnehmung nicht oder so wenig in Erscheinung treten, daß bei einigem musikalischem Verständnis die Annahme melodischer Identität abwegig erscheint. Andererseits können sich Melodien akustisch ähneln oder als ähnlich empfunden werden, bei denen die Notenfolge so stark vonein-

¹⁶⁵⁾ vgl. hiezu oben § 4, I, 2

¹⁶⁶⁾ Es sei neben den allgemeinen Darstellungen der Urheberrechtstheorie nur auf die speziell diesem Thema gewidmeten Arbeiten von Baumann und Pauli verwiesen.

¹⁶⁷⁾ vgl. § 7, I

¹⁶⁸⁾ vgl. hiezu Goldbaum UR S. 162, Pauli S. 18, Marwitz-Möhring S. 148

¹⁶⁹⁾ so Pauli S. 17, Marwitz-Möhring S. 148, ausführlich Riedel GRUR 1949, S. 235

ander abweicht, daß das Vorliegen einer Ähnlichkeit zunächst überraschend erscheint¹⁷⁰⁾. Überdies ist die Bewertung der Erkennbarkeit sehr stark vom Kunstverständnis und vom persönlichen Geschmack des Betrachters abhängig, sodaß die zutreffende Beurteilung der „Erkennbarkeit“ einer Melodie ein Höchstmaß an persönlicher Objektivität vom Betrachter fordert. Richtig wird es sein, „Erkennbarkeit“ nur beim Vorliegen deutlicher, von dem Durchschnittshörer des Kunstwerkes wahrzunehmender Übereinstimmung anzunehmen, wobei allerdings unter den Durchschnittshörern je nach Gattung des Werkes (z. B. Symphonische Dichtung oder Gassenhauer) zu differenzieren ist¹⁷¹⁾.

Ähnliche Schwierigkeiten bereitet die dogmatische Beantwortung der Frage, wann eine Melodie einer neuen Arbeit „zugrunde gelegt“ worden ist. Zur Verwirrung dieses Begriffs hat vor allem der Umstand beigetragen, daß das Merkmal des „Zugrundelegens“ in § 13 Abs. 2 LitUrHG von Wissenschaft und Praxis herangezogen wurde, um die aus der Überspitzung des gesetzlich normierten Melodienschutzes erwachsenden Konflikte zwischen Rechtsempfinden und Gesetz durch einschränkende Interpretierung des Gesetzes zu lösen, so z. B. bei der Beurteilung des Musikzitates, der Reminiscenz, der musikalischen Parodie und der künstlerischen Variation. Da Einzelheiten hiezu in späterem Zusammenhang aufzuzeigen sind, sei an dieser Stelle lediglich erwähnt, daß in dem Bestreben, zu billigen Ergebnissen zu gelangen, die Grenzen logisch vertretbarer Gesetzesinterpretation nicht immer gewahrt wurden.

Abgesehen von diesen Spezialfällen der Melodieübernahme hat das Merkmal des „Zugrundelegens“ keine einschränkende Bedeutung. Wenn nicht durch eine besondere Form der Verarbeitung im Sinne der genannten Spezialfälle die Annahme einer „Zugrundelegung“ ausgeschlossen wird, ist eine erkennbar gebliebene, übernommene Melodie im neuen Werk diesem auch zugrunde gelegt, da ein Mit-Zugrundelegen ausreicht und eine thematische oder sonst besonders wesentliche Verarbeitung der Melodie im neuen Werk nicht erforderlich ist¹⁷²⁾.

Faßt man den Kern dieser aus § 13 Abs. 2 LitUrHG zu entnehmenden und zu dieser Bestimmung entwickelten Grundsätze formelhaft zusammen, so läßt sich der derzeitige Rechtszustand wie folgt umreißen: Eine unbefugte Melodiebenutzung wird, abgesehen von den Fällen unbewußter, beiläufiger oder parodistischer Melodieübernahme regelmäßig dann gegeben sein, wenn in einem neuen Werk eine geschützte Melodie aus einem früheren Werk deutlich wiederzuerkennen ist.

¹⁷⁰⁾ vgl. hiezu R. Engländer in Ufita 3, 33 ff. mit Beispielen, ebenso Pauli S. 18 ff., der sogar so weit geht, dem Merkmal der Erkennbarkeit jede Brauchbarkeit als Unterscheidungsmerkmal abzusprechen.

¹⁷¹⁾ ähnlich Marwitz-Möhring S. 148

¹⁷²⁾ Marwitz-Möhring S. 149; im Ergebnis wohl ebenso Ulmer UR S. 164, der nur auf die Erkennbarkeit abstellt, so wie Hubmann, schöpf. Geist S. 126, a. A. Pauli S. 21

2) Der Rechtsbegriff der Melodie

Es wäre irrig, angesichts dieser relativ einfachen Formel anzunehmen, die praktische Handhabung des Melodienschutzes müsse unproblematisch sein. Der Rechtskomplex des Melodienschutzes krankt neben den aufgezeigten Unklarheiten bezüglich der Merkmale der „Erkennbarkeit“ und „Zugrundelegung“ einer übernommenen Melodie wohl unheilbar an einer nahezu unübersehbaren Begriffsverwirrung hinsichtlich seines Grundbegriffes, des Begriffes der Melodie. Obwohl die Bemühungen, den Begriff der Melodie wissenschaftlich zu erfassen, in der Literatur so umfänglich sind, daß ihre umfassende Darstellung den Rahmen dieser Arbeit sprengen müßte¹⁷³⁾, kann nicht gesagt werden, daß der Rechtsbegriff der Melodie nunmehr geklärt wäre¹⁷⁴⁾.

Trotzdem läßt sich, und dies soll an dieser Stelle in aller Kürze geschehen, der Melodiebegriff soweit beschreiben und von ihm verwandten Erscheinungen abgrenzen, daß er einer praktischen Verwertung zugänglich wird.

Als einziges, weitgehend einheitliches Merkmal der Melodie in der Fülle ihrer Definitionen im Schrifttum läßt sich das Kennzeichen einer gewissen Geschlossenheit, Selbständigkeit nennen¹⁷⁵⁾.

Dieses zwar in der Formulierung stark differenzierte, im Kern aber einheitlich entwickelte Begriffsmerkmal wird auch in der Musikwissenschaft für wesentlich erachtet¹⁷⁶⁾ und die Bemühungen der Praxis um eine Erfassung des Rechtsbegriffes der Melodie klingen ebenfalls an dieses Kriterium an.

Die bekannte Entscheidung des OLG-Dresden im Falle Noren/Strauß, GRUR 1909, 332 ff., kennzeichnet die Melodie als

„ein Tongebilde, das aus dem Werk selbständig herausgelöst werden kann und der Verwertung durch Umschreibung, Paraphrasierung zugänglich ist, ein geschlossenes Thema¹⁷⁷⁾“. Auch hier wird als entscheidendes Kriterium die Greifbarkeit, Geschlossenheit der Melodie hervorgehoben.

Einen nicht notwendigen und unangebrachten Widerspruch hiezu konstruiert das Kammergericht in einer späteren Entscheidung, abgedruckt in Ufita Bd. 11, S. 287, wo es ausführt, der Melodiebegriff erfordere weder Geschlossenheit, noch eine bestimmte Länge der Tonfolge, es genüge eine hinreichende Eigenart der Tonfolge, die nach den Anschauungen des Volkes zu beurteilen sei.

Hier wird verkannt, daß eine kennzeichnungsfähige Eigenart einer Tonfolge nur bei einer gewissen Geschlossenheit der melodischen Linie gegeben sein kann, daß aber auch umgekehrt eine geschlossene Tonfolge eine eigen-

¹⁷³⁾ Es sei nur auf die Darlegungen Brün's in einer eigens diesem Thema gewidmeten Arbeit und auf die ausführlichen Untersuchungen bei Pauli, Matthei u. Baumann hiezu verwiesen.

¹⁷⁴⁾ ähnlich Baumann S. 91 mit Nachweisen, so auch Riedel GRUR 1949, 236

¹⁷⁵⁾ vgl. hiezu Baumann S. 85, Pauli S. 16, Brün S. 13, Gerst S. 38 sowie die an den genannten Stellen zitierten Definitionen.

¹⁷⁶⁾ so Pätzner Bd. 2, S. 163, Moser Lex S. 758, Riemann S. 1149

¹⁷⁷⁾ Auf die Bedeutung des Themenbegriffs in diesem Zusammenhang, der in der genannten Entscheidung mißverständlich verwertet wird, ist noch einzugehen.

artige Gestalt aufweist. Dieses Mißverständnis verhindert die Einsicht, daß die Merkmale der Geschlossenheit und Eigenartigkeit sich nicht widersprechen, sondern daß vielmehr das Vorhandensein des einen jeweils notwendige Voraussetzung für das Vorliegen des anderen bildet.

Diese entscheidende Erkenntnis ermöglicht die rechtssystematische Herleitung des Melodienschutzes aus dem allgemeinen urheberrechtlichen Werkbegriff, um deren ausführliche Durchführung sich besonders Baumann¹⁷⁸⁾ bemüht hat und die für die Klärung des Melodiebegriffs unentbehrlich erscheint.

Versteht man hieran anknüpfend unter dem Rechtsbegriff der Melodie eine so hinreichend geschlossene Tonfolge von so eigenartiger Gestalt, daß ihre selbständige Ergreifung und Loslösung aus dem Werk möglich erscheint, so erfüllt die so beschaffene Melodie die Voraussetzungen für das Vorliegen eines schutzfähigen Werkteils, indem sie die Kennzeichnungskraft einer individuellen Schöpfung aufweist¹⁷⁹⁾.

Diese Betrachtungsweise gibt die zu begrüßende Möglichkeit, den besonderen Melodienschutz wenigstens dem Grunde nach in das System des Urheberrechts einzuordnen, wonach er nur noch seinem bis an die Grenze der Erkennbarkeit reichenden Umfange nach einen Fremdkörper in diesem System bildet.

Kennzeichnet man in Zusammenfassung dieser Erwägungen die Melodie abschließend als eine Folge von Einzeltönen, die eine so geschlossene, musikalische Gliederung aufweist, daß sie als individuelle, musikalische Schöpfung angesehen werden muß, so wird durch diese Ausrichtung des Melodiebegriffs an dem theoretisch gefestigten Werksbegriff auch die vielfach auf Irrwege geratene Abgrenzung der Melodie von den ihr verwandten, musikalischen Erscheinungen wie Motiv, melodische Phrase, Wendung, Figur oder Passage, unendliche Melodie, Thema und Leitmotiv, ermöglicht.

Die Abgrenzung zwischen Melodie und Motiv hängt eng zusammen mit der Geschlossenheit der Melodie und der hieraus gewonnenen Erkenntnis, daß die Melodie nicht die kleinste logisch erfaßbare Verbindung von Einzeltönen darstellt, sondern daß es kleinere, aus verschiedenen Einzeltönen zusammengesetzte, greifbare Gebilde gibt, denen der Schutz des § 13 Abs. 2 LitUrHG wegen ihrer mangelhaften Kennzeichnungskraft noch nicht zugebilligt werden kann. In der Bezeichnung dieser Gebilde beginnt aber bereits die Begriffsverwirrung. Während man gemeinhin diese „kleinsten musikalischen Einzelgebilde“ als „Motive“ bezeichnet¹⁸⁰⁾, hat man versucht, den Begriff des Motivs auf eine größere Formeinheit anzuwenden und eine

¹⁷⁸⁾ S. 66 ff., vgl. auch Allfeld LUG § 13 Anm. 5

¹⁷⁹⁾ Es ist bezeichnend für die Begriffsunsicherheit, auf der die genannte Entscheidung KG in Ufita Bd. 11, S. 287 beruht, daß dort diese zwingende Folgerung vermieden wird und statt dessen ausgeführt wird: „Ob die Melodie genügend Selbständigkeit besitzt, um geschützte Schöpfung zu sein, steht dahin.“

¹⁸⁰⁾ vgl. z. B. Holstein GRUR 1915, 139; Baumann S. 86

logische Aufgliederung des Motivs in „Motivteile“ zuzulassen¹⁸¹⁾. Die Folge war eine verwirrende Überschneidung der Begriffe „Melodie“ und „Motiv“, da sich die je nach Betrachtungsweise verschieden bezeichneten Gebilde, nämlich sowohl das logisch kleinste Tongebilde (Motiv bzw. Motivteil) als auch die geschlossenere Tonfolge (Melodie bzw. Motiv) praktisch entsprachen¹⁸²⁾. Natürlich war die letztere Betrachtungsweise gezwungen, ihre „Motive“ dem „Melodie“-Schutz zu unterstellen¹⁸³⁾.

Beschränkt man demgegenüber den Begriff des Motivs auf Tongebilde von so geringer Geschlossenheit und Kennzeichnungsfähigkeit, daß ihnen die schöpferische Individualität eines schutzfähigen Werkteils noch nicht zuerkannt werden kann, so bildet das Motiv einen begrifflichen Gegensatz zur Melodie und bildet ein wirksames Hilfsmittel bei der Grenzziehung zwischen schutzfähigen und schutzunfähigen melodischen Gebilden.

Demgegenüber sind die Begriffe „Phrase“, „Wendung“, „Figur“, „Passage“ ohne rechtliche Kennzeichnungsfähigkeit. Sie bezeichnen unqualifizierte melodische Gebilde, die je nach dem Grad ihrer Geschlossenheit und Individualität entweder ungeschützte Motive oder geschützte Melodien verkörpern können.

Der vielumstrittene Begriff der „unendlichen Melodie“ bezeichnet ein in der Kunstmusik des 19. Jahrhunderts entwickeltes Tongebilde, das durch sein weiträumiges, ungeschlossenes und ungegliedertes, melodisches Fortschreiten gekennzeichnet ist. In dieser Eigenschaft ist es unter dem hier entwickelten Rechtsbegriff der Melodie nicht zu subsumieren, die „unendliche Melodie“ als solche ist keine geschützte Melodie im Sinn des § 13 Abs. 2 LitUrHG. Damit ist nicht gesagt, daß nicht einzelne Teile der unendlichen melodischen Linie die Merkmale einer Melodie erfüllen und als solche geschützt werden können¹⁸⁴⁾.

Klar zu unterscheiden von dem Begriff der Melodie sind auch die vielfach mißverstandenen Begriffe „Thema“ und „Leitmotiv“.

Beide Begriffe betreffen nicht wie die Begriffe Melodie und Motiv Wesen und Eigenschaften einer Tonbeziehung als solcher, sondern beschreiben vielmehr die Funktion einer Tonbeziehung in dem Werk, in das sie eingebaut sind. Jedes nach den vielfältigen Gesetzmäßigkeiten der musikalischen Formenlehre gestaltete Kunstwerk weist ein oder mehrere Themen auf. Dies sind Tonverbindungen, die in bestimmter, normalerweise gestaltungsgesetzlich vorgeschriebener Weise dem Werk zugrunde gelegt werden. Diese Themen können die Geschlossenheit einer Melodie aufweisen, es besteht aber hiezu keine Notwendigkeit, man kann nicht einmal sagen, daß ihnen diese Geschlossenheit grundsätzlich zukommt. Sie können häufig nur die

¹⁸¹⁾ so vor allem Brün S. 13

¹⁸²⁾ vgl. hiezu die bei Baumann S. 89 zitierten Beispiele

¹⁸³⁾ so Brün S. 39

¹⁸⁴⁾ so ausführlich Baumann S. 96, Marwitz-Möhring S. 148

kurzen Züge eines Motivs aufweisen¹⁸⁵⁾. Demgegenüber können aber auch außerhalb der Themenaufstellung im Kunstwerk geschlossene melodische Tonverbindungen individueller Art auftreten, die als Melodien schutzfähig sind. Die Themeneigenschaft eines musikalischen Gebildes sagt also nichts aus über seine Schutzfähigkeit als Melodie, weder in positiver noch in negativer Hinsicht¹⁸⁶⁾. Entsprechendes gilt für das Leitmotiv, das in der neueren Opern- und Programmusik eine dem Thema analoge funktionelle Bedeutung hat. Da auch hier die Frage nach der Schutzfähigkeit eines melodischen Gebildes losgelöst von der Stellung und Bedeutung des Gebildes im Kunstwerk zu beurteilen ist, läßt auch die Leitmotiv-eigenschaft eines Tongebildes keinen Schluß auf seine Melodie-eigenschaft zu, diese kann, je nach Beschaffenheit des Leitmotivs, gegeben sein oder fehlen¹⁸⁷⁾.

Als Beispiel für die Fehlerquellen, die eine mißverständene Anwendung des Themenbegriffs bietet, sei auf die erstinstanzielle Entscheidung des LG-Leipzig im Fall Noren/Strauß verwiesen¹⁸⁸⁾, wo die Verkenntung der Melodie-eigenschaft des „Heldenthemas“ in Strauß' „Heldenleben“ auf der Einschiebung des Begriffs eines ungeschützten „Themas“ zwischen dem Begriffsgegensatz Motiv und Melodie beruhte.

3) Das Verhältnis des starren Melodienschutzes zur Grundsatzregelung des § 13 Abs. 1 LitUrHG

Nachdem nunmehr die wesentlichen Tatbestandsmerkmale des starren Melodienschutzes in § 13 Abs. 2 LitUrHG aufgezeigt und in ihrer begrifflichen Eigenart beschrieben worden sind, fehlt zur abschließenden Beleuchtung des Wesens des starren Melodienschutzes nur noch seine Gegenüberstellung mit der für alle Kunstrichtungen mit Ausnahme der Musik geltenden Regelung der Nachschöpfung.

Die eingehenden, dieser allgemeinen Regelung gewidmeten Erörterungen in Abschnitt III und IV dieser Arbeit haben gezeigt, daß nicht jede Übernahme individueller Werkszüge eines vorgegebenen Werkes in ein neues Werk zur Abhängigkeit der Nachschöpfung führt, daß vielmehr die Benutzung eine freie ist, wenn die benützten Züge angesichts der Individualität der Nachschöpfung verblassen, weitgehend hinter die Züge der Neuschöpfung zurücktreten, wenn die Nachschöpfung eine eigenständige innere Werkordnung aufweist.

Hervorzuheben war auch noch, daß die Freiheit der Benutzung nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß die benützten Züge des vorgegebenen Werkes in der Nachschöpfung mehr oder weniger deutlich erkennbar bleiben.

¹⁸⁵⁾ man denke etwa an die Themen der Symphonien Bruckners

¹⁸⁶⁾ so ausführlich Baumann S. 102

¹⁸⁷⁾ so Marwitz-Möhring S. 148, im Ergebnis auch Baumann S. 105

¹⁸⁸⁾ GRUR 1908, 247

Stellt man diesen Grundsätzen die Regelung des § 13 Abs. 2 LitUrhG für das Recht der Musik gegenüber, so zeigt sich, daß durch diese Bestimmung eine Verschiebung der allgemeinen Schutzgrenze bis zu dem Punkt herbeigeführt wird, an dem die Züge des benützten Werkes in der Nachschöpfung völlig verschwinden.

Die herrschende Lehre sieht hierin mit Recht eine Eigentümlichkeit des musikalischen Urheberrechts, die den Grundsatz des § 13 Abs. 1 LitUrhG für die Musik nahezu völlig illusorisch macht¹⁸⁹⁾.

Es ist bezeichnend, daß als einziger Goldbaum¹⁹⁰⁾ folgerichtig in der Regelung des § 13 Abs. 2 LitUrhG keine Ausnahme zu der Regel der §§ 13 Abs. 1 LitUrhG, 16 KunstUrhG sieht, da er ja auch als einziger die Freiheit der Benutzung nach der allgemeinen Abgrenzungsregel ausschließt, solange die benutzten Züge in der Nachschöpfung erkennbar sind¹⁹¹⁾. Diese von Goldbaum generell geforderte, von der herrschenden Meinung mit Recht als zu eng abgelehnte Grenze der freien Benutzung wird für das Recht der Musik vom Gesetz normiert.

Die Grenzverschiebung beschränkt sich allerdings auf die Übernahme einer Melodie, für die Übernahme anderer individueller Werkszüge bleibt es bei der allgemeinen, dem Urheberrecht wesenseigenen Grenzziehung zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung. Die praktische Bedeutung dieser Einschränkung ist jedoch gering. Wenn auch den harmonischen und rhythmischen Elementen die Kennzeichnungsfähigkeit künstlerischer Individualität nicht generell abzusprechen ist¹⁹²⁾, so ist in der Regel doch das melodische Element der Träger der Individualität des Tonkunstwerkes, mindestens ist es mit ein Träger der Individualität, wenn auch im Einzelfall andere Elemente von großer Bedeutung sein können. Die völlige Ausschließung der erkennbaren Übernahme individueller melodischer Züge des Tonkunstwerkes wird daher in aller Regel generell die Übernahme individueller Züge des Tonkunstwerkes ausschließen. Der freien Benutzung ist daher im Bereich der Tonkunst nur ein verschwindender, praktisch kaum erfäßbarer Raum gelassen.

II. Zweckmäßigkeit und Berechtigung des starren Melodienschutzes

Es wäre unfruchtbar, wollte man im Rahmen dieser Erörterung den Werdegang der nunmehr bereits nahezu ein Jahrhundert alten Polemik um die Notwendigkeit und Rechtfertigung des starren Melodienschutzes darstellen, um so mehr als der Streit um diese Fragen nunmehr ausgetragen zu sein scheint. Die bessere Erkenntnis hat sich die Bahn gebrochen.

¹⁸⁹⁾ so Allfeld LUG § 13 Anm. 5, K. Engländer in Ufita 3, 28, KG in Ufita 11, 28, Baumann S. 61

¹⁹⁰⁾ UR S. 161

¹⁹¹⁾ vgl. hierzu oben § 7, II, 3

¹⁹²⁾ vgl. oben § 4, I, 2

Nahezu einhellig tritt die Rechtslehre für eine Beseitigung des § 13 Abs. 2 LitUrhG ein¹⁹³⁾ und in den amtlichen Entwürfen ist die Bestimmung übereinstimmend gestrichen¹⁹⁴⁾.

In der Tat stellt diese Bestimmung im geltenden Recht einen Fremdkörper dar, der weder in theoretischen noch in praktischen Erwägungen eine Berechtigung findet.

Theoretisch stellt sie einmal eine Systemwidrigkeit dar, da sie die für alle Arten von geschützten Werken und Werkteilen gezogene Schutzgrenze gegenüber der Nachschöpfung für den Bereich der Musik mit einer Ausnahme durchbricht, zum anderen bildet sie einen Verstoß gegen das Erfordernis einer einheitlichen, gerechten Interessenabwägung, ausgehend von dem Grundgedanken des Urheberrechts, das eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung des Urhebers einer Kunstgattung gegenüber einer anderen ohne zwingenden Grund nicht zuläßt.

Praktisch hat der starre Melodienschutz keine Erleichterung, sondern vielmehr eine Komplizierung des Abgrenzungsproblems gebracht. Die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung ist in der Musik nicht größer als in einer anderen Kunstrichtung¹⁹⁵⁾, eher geringer, weil die Beurteilung sich in aller Regel auf das Ton- und Notenmaterial der zu beurteilenden Werke in seiner Zusammensetzung beschränken kann¹⁹⁶⁾ und nicht mit schwer zu fassenden, gedanklichen und gefühlsmäßigen Elementen zu arbeiten braucht, wie dies in der Literatur häufig der Fall ist. Auch die besondere Schutzwürdigkeit des Musikauteurs gegen die Ausbeutung seiner Melodien zu schlechter Gebrauchs- oder Schlagermusik, die durchaus anzuerkennen ist, macht keine Sonderregelung notwendig, sondern läßt sich hinreichend an Hand der allgemeinen Regelung berücksichtigen. Ein Potpourri, eine Phantasie, ein Schlager oder ein ähnliches Gebilde, das darauf abzielt, eine fremde Melodie auszubeuten, ist zwangsläufig in seiner Struktur maßgeblich von der fremden Melodie geprägt, diese steht im Vordergrund des ausbeutenden Werks. Eine solche Nachschöpfung kann niemals eine eigenständige, innere Ordnung aufweisen, sondern ist stets im Kern ihrer Individualität mit dem benutzten, melodischen Komplex identisch, ist rechtlich von diesem abhängig und den Urheberrechten des Autors des benutzten Werkes unterworfen, auch ohne daß es eines generellen Schutzes der Melodie bedarf. Dort, wo ein starrer Schutz der Melodie notwendig und wünschenswert ist, ergibt er sich zwanglos aus einer zutreffenden Anwendung der allgemeinen Regeln. Dort, wo er durch diese Regeln nicht gewährleistet ist, legt er dem Kunstschaffen ungerecht-

¹⁹³⁾ so Ulmer UR S. 164, de Boor „vom Wesen“ S. 79, so auch das Ergebnis einer Rundfrage, vgl. Elster-Hoffmann-Marwitz in Ufita 2, S. 167, ferner Pauli S. 25, K. Engländer Ufita 3, S. 31, Riedel GRUR 49, S. 236, Baumann S. 61 u. a. Die gegenteilige Ansicht bei Hubmann, schöpf. Geist S. 126, dürfte aus dessen unzulänglicher Lösung des allgemeinen Abgrenzungsproblems erwachsen und vermag nicht zu überzeugen.

¹⁹⁴⁾ Entwurf 1932 § 4 Begründung S. 38
Entwurf 1954 § 16 Begründung S. 106

¹⁹⁵⁾ so zutreffend die Begründungen der Entwürfe a.a.O.

¹⁹⁶⁾ ähnlich Baumann S. 134

fertigte, unerträgliche Fesseln an und zwingt die Gerichte aus Gründen der Billigkeit zu rechtlichen Konstruktionen, die mit dem Gesetz nicht mehr in Einklang zu bringen sind¹⁹⁷⁾.

Mit der zu erwartenden Entfernung des § 13 Abs. 2 LitUrHG im Zuge der Urheberrechtsreform wird also der Gesetzgeber einen von interessierten Kreisen diktierten Fehlgriff der Gesetzgebung beseitigen und wird damit einer gerechten, systematisch einheitlichen Lösung des Abgrenzungsproblems zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung im Bereich des gesamten Kunstschutzes wieder Raum geben.

§ 10 Einzelfragen der Abgrenzung

Nachdem nun die Grenze zwischen der freien Benutzung und der abhängigen Nachschöpfung sowohl generell als auch unter dem speziellen Gesichtspunkt des starren Melodienschutzes gezogen ist, verbleibt zu einer abschließenden Behandlung des Rechts der musikalischen Nachschöpfung nur noch die Bewertung einiger spezieller, künstlerischer Erscheinungsformen, die unter verschiedenen Gesichtspunkten in engem Zusammenhang mit der künstlerischen Nachschöpfung und deren rechtlicher Wertung stehen. Es handelt sich hierbei entweder um Werke, die selbst Nachschöpfungen darstellen, die aber, weil sie speziellen künstlerischen Gestaltungsgesetzen unterworfen sind, in der Urheberrechtstheorie und -Praxis mit Recht stets eine gesonderte Erfassung und Wertung gefunden haben oder um Werke, die, ohne selbst Nachschöpfungen zu sein, individuelle Züge vorgebener Werke enthalten und daher eine so enge Verwandtschaft zur Nachschöpfung aufweisen, daß eine vollständige Erörterung des Abgrenzungsproblems ihre Einbeziehung erforderlich macht.

Ausgehend hiervon sollen im Folgenden die Erscheinungen der musikalischen Parodie und Variation einerseits, des Musikzitats und der musikalischen Reminiszenz andererseits behandelt werden, um die Abgrenzung der freien Benutzung von der abhängigen Nachschöpfung in der Musik zu vervollständigen und abzurunden.

I. Die musikalische Parodie

1) Begriffsklärung

Eine Erfassung des Begriffs der musikalischen Parodie oder Satire vom künstlerischen Sprachgebrauch her führt, wie dies bei künstlerischen Begriffen, die einer rechtlichen Bewertung zugänglich gemacht werden sollen häufig der Fall ist¹⁹⁸⁾, zu unklaren, mehrdeutigen Ergebnissen. Um diese Unklarheit zu beseitigen erscheint weniger eine definitorische Umschreibung des Begriffes, als vielmehr eine Eliminierung verwandter Erscheinungen aus dem Begriff der musikalischen Parodie geeignet.

¹⁹⁷⁾ so vor allem bei Beurteilung der künstlerischen Variation, vgl. z. B. Fall Noren/Strauß OLG Dresden GRUR 1909, 332

¹⁹⁸⁾ man denke etwa an die Begriffe „Kunstwerk“, „Melodie“ oder den noch zu behandelnden Begriff des „Plagiats“.

Aus diesem Grund sei auf die Notwendigkeit einer klaren Unterscheidung zwischen der „Parodie“ eines Werkes und der selbständigen, humoristischen Komposition hingewiesen. Während die erstere die individuellen Züge eines bestimmten Werkes aufgreift und in grotesker Form zur Darstellung bringt, um eine antithematische Wirkung zu erzielen, erzielt die letztere ihre grotesken, humoristischen Wirkungen ohne Anlehnung an konkrete Werkszüge, ohne das Bestreben antithematischer Gestaltung eines gegebenen Themas durch Verwertung geeigneter, musikalischer Mittel der Harmonik, Tonmalerei und Instrumentierung¹⁹⁹⁾ im Rahmen einer schon ursprünglich als grotesk gewollten Komposition. Werke dieser Art könnte man als Parodie auf die Musik oder auf bestimmte Musikgattungen²⁰⁰⁾ bezeichnen; sie sind jedoch, da sie nur auf musikalischem Allgemeingut aufbauen, klar zu trennen von der Parodie auf die individuellen Züge eines konkreten Musikwerks. Allein auf die letztere Erscheinungsform sollte der Begriff der musikalischen Parodie beschränkt werden, da er nur in dieser Beschränkung für die Dogmatik zur Abgrenzungsfrage verwertbar ist.

Ein so verstandener Begriff der musikalischen Parodie stellt ein Tonwerk dar, das durch Verwertung individueller Züge eines konkreten Werkes entsteht, das also stets die Begriffsmerkmale einer Nachschöpfung aufweist²⁰¹⁾.

Er steht in deutlichem Gegensatz zu der grotesken Komposition, die sich begrifflich als ein ausschließlich aus urheberrechtsfreien²⁰²⁾ Elementen gebildetes Tonwerk darstellt, das sich in dieser Eigenschaft schon wesensmäßig jeder Abhängigkeit zu einem vorgegebenen Werk entzieht.

2) Rechtliche Beurteilung

Schon auf dem Boden des starren Melodienschutzes steht die Urheberrechtsliteratur zur Frage der musikalischen Parodie bemerkenswert einmütig auf dem Standpunkt, daß die parodistische Verarbeitung eines Tonwerkes regelmäßig als freie Benutzung zu bewerten ist²⁰³⁾.

Dogmatisch stützt sich diese Wertung auf das Merkmal des „Zugrundelegens“ in § 13 Abs. 2 LitUrHG²⁰⁴⁾, zu dem schon in der amtlichen Begründung zum LitUrHG²⁰⁵⁾ ausgeführt wurde, daß vermöge des Zwecks und der ganz anderen Wirkungen von Parodien und Satiren bei diesen der benutzte Gedanke nur Ausgangspunkt sei, der dem neuen Werk nicht zugrunde gelegt werde. Daß diese Interpretation, der die Lehre gefolgt ist, auf erhebliche, logische Bedenken stößt, konnte nicht verborgen bleiben²⁰⁶⁾. Wenn trotzdem

¹⁹⁹⁾ man denke etwa an Dissonanzen, „gackernde“ Einzeltonfolgen, Meeres- oder Eisenbahngeräusche, „lachende“ Saxophone oder ähnliches.

²⁰⁰⁾ etwa die Opernmusik

²⁰¹⁾ vgl. oben § 5, II, 2

²⁰²⁾ vgl. oben § 4, I

²⁰³⁾ so insbes. Allfeld LUG § 13 Anm. 5, Marwitz-Möhring S. 149, Baumann S. 154

²⁰⁴⁾ vgl. hiezu oben § 9, I, 1

²⁰⁵⁾ S. 25

²⁰⁶⁾ Mit Nachdruck weist Marwitz-Möhring a.a.O. auf diese Bedenken hin.

in der Literatur diese Bedenken zurückgestellt wurden, um hierdurch im Grunde contra legem die Freiheit der Parodie anzuerkennen, so ist dies ein Beweis dafür, in welchem Maße die verfehlte Regelung des § 13 Abs. 2 LitUrhG in ihrer Anwendung zu zweifelhaften Konstruktionen zwang, um brauchbare Ergebnisse hervorzubringen. Daß es im Ergebnis gerecht und notwendig ist, die freie Verwertung vorgegebener Werke zu echter Parodie oder Satire zuzulassen, besagt nicht nur das gesunde Gefühl für die Erfordernisse der Kunst, sondern auch eine Besinnung auf die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen freier und unfreier Nachschöpfung. Regelmäßig wird die parodistische Umgestaltung eines konkreten Werkes die Züge dieses Werkes angesichts der antithematischen Wirkung der Neuschöpfung so stark verwischen und in den Hintergrund drängen, daß die Annahme freier Benutzung gerechtfertigt ist. Die innere Werkordnung des benutzten Werkes, die ja wesentlich von der Gesamtwirkung des Werkes bestimmt wird²⁰⁷⁾, ist grundsätzlich durch eine von der grotesken, antithematischen Wirkung der Parodie getragenen Neuordnung ersetzt.

Dies gilt allerdings nicht ausnahmslos, sonder nur dort, wo sich die Wirkungen beider Werke extrem gegenüberstehen oder doch so stark voneinander abweichen, daß noch von antithematischer Verarbeitung, von echter Parodie, gesprochen werden kann. Mit Recht betont daher Ulmer²⁰⁸⁾, daß die Parodie sich nicht einheitlich beurteilen lasse, wobei er allerdings sogar soweit zu gehen scheint, die Parodie hinsichtlich der Abgrenzung von freier und unfreier Nachschöpfung für neutral zu halten. Demgegenüber ist festzuhalten, daß die Parodie grundsätzlich die Annahme freier Benutzung eines parodierten Werkes rechtfertigt. Die Annahme innerer Abhängigkeit kann nur ausnahmsweise und zwar nur dort gerechtfertigt sein, wo Werke parodiert werden, die schon ihrerseits auf groteske, humoristische Wirkung abzielen, also einer antithematischen und zugleich humoristischen Verarbeitung nur beschränkt zugänglich sind. In solchen Fällen ist es denkbar, daß die Gesamtwirkung der Parodie von der des parodierten Werkes nicht so erheblich abweicht, daß die Entstehung einer eigenständigen, inneren Werkordnung angenommen werden könnte und daß daher ausnahmsweise innere Abhängigkeit der Parodie vom parodierten Werk gegeben ist²⁰⁹⁾.

Abgesehen von derartigen, nach jeweiliger Sachlage zu beurteilenden Grenzfällen, ist jedoch an der grundsätzlichen Freiheit parodistischer Nachschöpfungen festzuhalten.

²⁰⁷⁾ vgl. oben § 2, II, 3

²⁰⁸⁾ UR S. 163

²⁰⁹⁾ Als Beispiel aus der Schlagerwelt möge das vor einigen Jahren populäre Lied vom „Tango-Max“ dienen. In diesem Schlager wurde in der humorvoll-geistlosen Art der anspruchlosen Gebrauchsmusik ein junger Held des Tanzparketts besungen. „Die Travellers“, ein bekanntes Schallplattentrio, „dichteten“ den Schlager in die sächsische Mundart um und schufen so unter Beibehaltung der wesentlichen musikalischen Gestaltung und der Grundgedanken des Textes eine sehr erfolgreiche Dialekt-Parodie auf den Schlager, in der ein komisch-sächsischer Salonlöwe die Rolle des „Tango-Max“ übernahm.

II. DIE VARIATION

1) Begriffsklärung

Das künstlerische Erscheinungsbild der Variationswerke ist ein so vielfältiges, daß es nahezu unmöglich erscheint, es in einem einheitlichen, musikalisch-künstlerischen Begriff der Variation zusammenzufassen²¹⁰⁾. Da überdies durch die in jedem Fall problematische und anfechtbare Prägung eines derartigen Begriffs für die rechtliche Betrachtungsweise nichts oder nur wenig gewonnen wäre, scheint es zweckmäßig, die begrifflichen Erwägungen auf die Sphäre der Urheberrechtsdogmatik zu beschränken. Auch hier muß jedoch, um der Vielzahl künstlerischer Gestaltungsformen auf dem Gebiet der Variation gerecht zu werden, der Bogen des Variationsbegriffes sehr weit gespannt werden. Man könnte etwa sagen, jedes Werk, dessen Wesen sich in der Ausgestaltung eines musikalischen, zum Ausgangspunkt des Werkes gemachten Typus erschöpft, sei eine Variation. Diese sehr weite und damit allerdings auch wenig deutliche Umschreibung des Wesens der Variation würde hinreichen, um nicht nur all die Fälle zu umfassen, in denen ein zugrunde gelegtes melodisch und harmonisch bestimmtes Thema oder auch nur ein Harmonieschema beliebig oft in um- oder ausgestalteter Form wiederholt wird, sondern würde auch alle Erscheinungsformen melodischer Paraphrasierung oder kontrapunktischer Ausgestaltung eines Themas zu einem polyphonen Tonsatz ergreifen.

Hievon ausgehend ist festzustellen, daß nur ein geringer Teil der angesichts dieses umfassenden Begriffs denkbaren, musikalischen Variation für die vorliegende Betrachtung des Rechts der Nachschöpfung von Interesse sein kann.

Auszuscheiden sind zunächst alle diejenigen Variationswerke, denen als variierten Grundtypus ein vom Schöpfer der Variation selbsterfundenes, musikalisches Gebilde zugrunde liegt (Variationen über eigene Themen). Sodann können auch alle die Werke außer Betracht bleiben, deren variierte Grundlage keine individuellen Züge aufweist (Variation über bloße Schematas harmonischer oder melodischer Art). Die verbleibenden Erscheinungsformen der Variation umfassen all die Musikwerke, deren Wesen in einer Ausgestaltung eines bestimmten, vorgegebenen und urheberrechtlich geschützten Tonwerkes oder Werkteils besteht. Für den typischen Fall der Variation liegt diese Ausgestaltung in einer vielfachen Wiederkehr des ausgestaltenden Gebildes in jeweils umgestalteter Form, sie kann aber auch eine einmalige Ausarbeitung im Sinne einer musikalischen Durchführung darstellen.

²¹⁰⁾ Dies gilt insbesondere für die neuere Zeit, seit durch die Erscheinungen der freien und Phantasie-Variation nahezu jede gestaltungsgesetzliche Bindung der Variation aufgegeben wurde.

2) Rechtliche Beurteilung

Die Wertung dieser Erscheinungsformen nach geltendem Recht war der Hauptanhaltspunkt für die Erkenntnis von der Unbilligkeit und systematischen Unrichtigkeit der Regelung des § 13 Abs. 2 LitUrhG. Abgesehen von den verschwindend seltenen Fällen, in denen sich die individuellen Werkszüge eines Tonwerks nicht melodisch ausprägen, stellt die nachschöpferische Variation stets die Übernahme einer fremden Melodie dar. Sie ist überdies der typische Fall für die Zugrundelegung dieser Melodie in einem neuen Werk, da die Variation wesensmäßig auf dem zu variierenden Thema aufbaut, um dieses aus- und umzugestalten. Sie stellt wesensmäßig auch eine erkennbare Übernahme des zu variierenden Themas dar, da der Reiz des Variationswerks ja gerade in der Erkenntnis der Wechselbeziehung zwischen dem zugrunde liegenden Thema und dessen Umgestaltung liegt. Diese Erkenntnis kann aber nur durch die Erkennbarkeit des variierten Themas vermittelt werden. Hieraus ergibt sich die allgemein anerkannte Erkenntnis, daß die freie Zulässigkeit einer künstlerischen Variation durch § 13 Abs. 2 LitUrhG in grundsätzlich jedem Fall ausgeschlossen wird²¹¹⁾. Die Erkenntnis, daß die hierdurch dem musikalischen Werkschaffen gezogene Grenze unerträglich eng und dazu angetan ist, die Schaffung wertvollen Kunstgutes zu verhindern, war stets das wichtigste Argument gegen den starren Melodien-schutz des § 13 Abs. 2 LitUrhG. Ein Beispiel aus der Praxis für die Richtigkeit dieses Arguments bietet die schon in früherem Zusammenhang erwähnte Entscheidung OLG Dresden in GRUR 1909, S. 332 ff. im Fall Noren/Strauß. In einer Komposition „Kaleidoskop“ hatte Noren zwei Themen aus der Komposition „Heldenleben“ von Richard Strauß übernommen und zur Grundlage einer „Huldigung an einen großen Zeitgenossen“ gemacht, außerdem eines der Themen zu einer Fuge verarbeitet.

Nach der Beschaffenheit des Werkes war klar, daß die Annahme rechtlicher Abhängigkeit des „Kaleidoskops“ eine grobe Unbilligkeit gegenüber dieser weitestgehend selbständigen Nachschöpfung bedeutet hätte. Entgegen der unrichtigen Ansicht des Erstgerichts²¹²⁾ sah sich das OLG Dresden, um nicht den Begriff der Melodie in untragbarer Weise einzuschränken, gezwungen, eines der Themen, das Heldenthema, als Melodie anzusehen. Der Ausweg, den es hievon ausgehend suchte und fand, um dennoch zu der gerechten Annahme der Unabhängigkeit der Nachschöpfung zu kommen, war systematisch unhaltbar und verfehlt. Das Gericht nahm an, eine Melodie sei nach dem Sinn des § 13 Abs. 2 LitUrhG nur dann dem neuen Werk zugrunde gelegt, wenn eine wirtschaftliche Schädigung des Originalwerks durch die Nachschöpfung eintreten könne. Sei dies nicht der Fall, so sei eine nur beiläufige Erwähnung der Melodie, ein erlaubtes Musikzitat, gegeben.

²¹¹⁾ so Ulmer UR S. 164, Hubmann, schöpf. Geist S. 126 Entwurf 1932, Begr. S. 38

²¹²⁾ vgl. LG Leipzig GRUR 1908, S. 247 ff.

War es logisch schon höchst bedenklich, eine „Zugrundelegung“ der benutzten Melodie bei der parodistischen Verwertung der Melodie auszuschließen, so muß diese Lösung beim Variationswerk theoretisch völlig verfehlt erscheinen. Man kann unmöglich sagen, ein Fugenthema, das die Grundlage der Fugenkonstruktion bildet, sei beiläufig erwähnt. Es wäre systematisch richtiger gewesen, wenn das OLG Dresden seine zutreffende Billigkeitsentscheidung auch als solche gekennzeichnet hätte, indem es dem Melodien-schutz nach Treu und Glauben die ihm innewohnende, gerechte Grenze gezogen hätte.

De lege lata ergibt sich hieraus der Schluß, daß durch § 13 Abs. 2 LitUrHG in aller Regel die Abhängigkeit eines Variationswerkes vom variierten Thema gegeben ist. In besonderen Härtefällen kann sich aus den allgemeinen Schranken der Rechtsausübung (§§ 226, 242 BGB) eine abweichende Regelung ergeben.

De lege ferenda wird mit dem Fortfall des starren Melodienschutzes die künstlerische Variation in der Regel auf freier Benutzung beruhen, da die innere Ordnung des variierten Werkes oder Werkteils in der höheren Ordnung des künstlerischen Gesamtwerkes aufgehen wird. Dies braucht jedoch nicht mit Notwendigkeit der Fall zu sein. Ein Werk von hoher künstlerischer Eigenart wird in einer stümperhaften Aus- und Umgestaltung seine Eigenart nicht verlieren, wird vielmehr auch in dem neuen, um ihn aufgebauten Tonwerk den Kern der Individualität bestimmen und ihm seine eigene Ordnung aufprägen. Die Frage nach Abhängigkeit oder Unabhängigkeit einer Variation wird demnach im Einzelfall nach den allgemeinen Kriterien zur Abgrenzungsfrage zu beantworten sein.

Dies ist allerdings de lege ferenda nur dann der Fall, wenn der Gesetzgeber davon absieht, eine in keiner Weise notwendige, systematisch verfehlt aber dennoch in sämtlichen Entwürfen enthaltene Sonderregelung bezüglich des Variationswerkes in das Gesetz aufzunehmen. Sowohl die Entwürfe 1932²¹³⁾ und 1939²¹⁴⁾ als auch der Referentenentwurf 1954²¹⁵⁾ sehen vor, die „Anführung“ eines „musikalischen Themas“ in einem selbständigen Variationswerk bei den Regeln der Zitierfreiheit als Beispiel eines zulässigen Musikzitates aufzuführen.

Dieser Absicht ist mit Entschiedenheit entgegenzutreten.

Die beabsichtigte Regelung ist systematisch völlig verfehlt, da die Themenanführung und -Verarbeitung in einem Variationswerk, wie in späterem Zusammenhang aus dem Wesen des Zitates zu entnehmen sein wird, kein Musikzitat, sondern ein besonders typischer Fall der Nachschöpfung ist.

Sie ist in hohem Maße unklar, da ihre wesentlichen Merkmale, der Begriff des „Variationswerkes“ und des musikalischen „Themas“ vieldeutig und mißverständlich sind.

²¹³⁾ § 39

²¹⁴⁾ § 35 Ziff. 2

²¹⁵⁾ § 50 Ziff. 4

Sie würde erneut einen Fremdkörper im Recht der Musik bilden, der ohne rechtfertigenden Grund dem Variationenwerk eine besondere Schutzfreiheit zur Übernahme melodischer Elemente einräumen würde.

Angesichts dieser Eigenschaften würde die beabsichtigte Regelung nicht nur zwangsläufig Verwirrung und Schwierigkeiten in der praktischen Rechtsanwendung herbeiführen, sondern würde auch eine ernste Gefahr für einen gerechten, musikalischen Werkschutz darstellen, da an Stelle des mit Recht entfernten, zu weitgehenden Melodienschutzes nunmehr über den in keiner Weise bestimmten Begriff des Variationswerkes ein über die Grundregel der §§ 13 Abs. 1 LitUrHG, 16 KunstUrHG hinausgehend eingeschränkter Melodienschutz normiert würde, der dem mit Recht bekämpften „Phantasien“- und „Potpourri“-Unwesen zu einer erneuten Blüte verhelfen könnte.

Es ist zu hoffen, daß bei Durchführung der Urheberrechtsreform der Gesetzgeber zur Erkenntnis kommen wird, daß auch für die Regelung des Melodienschutzes gegenüber dem Variationenwerk die allgemeine Regelung des Kunstschutzes gegenüber der Nachschöpfung die beste und geeignetste ist, und daß kein Grund besteht, bezüglich der Beurteilung der künstlerischen Variation von einem Extrem in ein anderes zu verfallen.

III. Das Musikzitat

1) Begriffsklärung

Wie schon oben ²¹⁶⁾ angedeutet, bildet das Musikzitat im Gegensatz zu den bisher behandelten Erscheinungen der Parodie und der Variation keine Unterart der musikalischen Nachschöpfung, sondern steht in einem deutlichen, begrifflichen Gegensatz zu dieser. Diese Verschiedenheit ist in erster Linie hervorzuheben, da ohne ihre Erfassung eine Umschreibung des Wesens des Musikzitats nicht möglich erscheint. Ist die musikalische Nachschöpfung in allen ihren freien oder unfreien Erscheinungsformen gleichermaßen durch die Verarbeitung vorgegebener, individueller Züge geschützter Werke oder Werksteile zu einem neuen Werk, also durch eine Verschmelzung eigenen und fremden Gedankenguts zu neuer, künstlerischer Individualität in der Nachschöpfung gekennzeichnet, so zeichnet sich das Zitat im Werk gerade durch das Fehlen dieser Verarbeitung, Verschmelzung aus.

Das Wesen des Zitats liegt in einer bewußten Anführung unveränderter, geschützter Werkszüge in einem neuen Werk, in dem diese Züge als erkennbar fremde Bestandteile gedacht und auch als solche gekennzeichnet sind²¹⁷⁾. Seine Erklärung findet das Zitat in seiner Zweckrichtung, es zielt nicht wie die Nachschöpfung auf Schaffung neuer Individualität unter Verschmelzung eigenen und fremden Geistesgutes ab, sondern es erwächst der Absicht, eigenes, unabhängiges Gedankengut durch erkennbar fremdes, ähnliches Gedankengut zu illustrieren und zu erläutern.

²¹⁶⁾ § 10, eingangs.

²¹⁷⁾ ähnlich Baumann S. 157

Das zitierte Gedankengut wird weder zur Grundlage, noch zu einem in sonstiger Weise absorbierten Bestandteil des neuen Werks, es bleibt als gewollter Fremdkörper in diesem Werk erhalten.

2) Rechtliche Beurteilung

In Erkenntnis dieses Wesensunterschiedes kann die Frage nach der Zulässigkeit des Musikzitates nicht in Zusammenhang mit der Abgrenzung freier und abhängiger Nachschöpfung beantwortet werden, sondern sie ist auf dem Boden der speziellen Regelung der Zitierfreiheit im Urheberrecht zu bewerten. Da diese Spezialregelung im Rahmen dieser Arbeit nur am Rande von Bedeutung ist, sei auf sie nur in aller Kürze hingewiesen.

§§ 19 Ziff. 1, 21 Ziff. 1 LitUrHG lassen Zitate, auch Zitate aus Werken der Tonkunst, in Werken der Literatur grundsätzlich zu. Gesetzlich ungeregelt ist die Frage, ob Zitate aus Tonkunstwerken zuzulassen sind.

Während Allfeld²¹⁸⁾ aus § 21 Ziff. 1 LitUrHG den Gegenschluß zieht und das Musikzitat in Werken der Tonkunst generell untersagt, steht die weit- aus überwiegende Lehrmeinung zu dieser Frage auf dem gegenteiligen Standpunkt²¹⁹⁾ und läßt das in der Musik als Mittel zur Schaffung anregender und ausdrucksvoller Ideenverbindungen mit Recht sehr beliebte Musikzitat auch in Werken der Tonkunst zu.

In Zusammenhang mit der hier bedeutsamen Beurteilung der Nachschöpfung ist das Musikzitat vornehmlich deshalb von Interesse, weil es notwendig die erkennbare Übernahme einer Melodie²²⁰⁾ in einem neuen Werk darstellt, also nach geltendem Recht sich mit der Schranke des § 13 Abs. 2 LitUrHG auseinanderzusetzen hat. Diese Schranke wird mit Recht in Anlehnung an das Erfordernis des „Zugrundelegens“ in § 13 Abs. 2 LitUrHG überwunden, da eine als fremd gekennzeichnete, nur der Demonstrierung dienende, melodische Entlehnung nicht dem neuen Werk zugrunde gelegt wird²²¹⁾.

De lege ferenda wird die Zulässigkeit des Musikzitates ausdrücklich vorge- sehen sein²²²⁾. Die systematische Abwegigkeit einer Anführung der Themen- übernahme in einem Variationenwerk als Beispiel oder Sonderfall des Mu- sikzitates wurde bereits oben²²³⁾ hervorgehoben. Sie tritt nunmehr, anknüp- fend an die gewonnene Erkenntnis vom Wesen des Musikzitates²²⁴⁾, beson- ders deutlich in Erscheinung. Es läuft dem Wesen des Variationswerks, das ja in seiner vollen Ausarbeitung auf dem vorgegebenen Thema beruht, kraß

²¹⁸⁾ LUG Anm. zu § 13 Anm. 9

²¹⁹⁾ vgl. Ulmer UR S. 177, K. Engländer in Ufita 3, 26, Petzold, Ufita 1937, S. 38 ff., Holstein GRUR 1915, 135 ff., Baumann S. 164; aus der Praxis vgl. OLG Dresden GRUR 1909 S. 332, LG Leipzig GRUR 1935, S. 381; zu Unrecht eingeschränkt auch Hubmann, schöpf. Geist S. 130

²²⁰⁾ Dies ergibt sich aus dem Umstand, daß die Zweckrichtung des Zitats einen hohen Grad an individueller Kennzeichnungskraft voraussetzt. Die zitierte Stelle soll ja in ihrer beiläufigen Erwähnung vom Kunstkenner nach Herkunft und Bedeutung erfaßt werden, um die gewollte Ideenverbindung zu schaffen. Dies wäre weder bei bloßen Motiven, noch bei individuellen Akkordverbindungen mangels hinreichender Kennzeichnungsfähigkeit denkbar.

²²¹⁾ vgl. hiezu die Nachweise unter Anm. 219

²²²⁾ vgl. Entwurf 1932, § 39; Entwurf 1954, § 50, Ziff. 3

²²³⁾ § 10, II, 2

²²⁴⁾ vgl. hiezu § 10, III, 1

zuwider, es in systematischen Zusammenhang mit dem Musikzitat als einer bloß beiläufigen, nur Illustrationszwecken dienenden Anführung eines musikalischen Gedankens zu bringen.

IV. Die Reminiszenz

1) Begriffsklärung

Die Reminiszenz, die unbewußte oder unterbewußte, musikalische Erinnerung, die zu einer ungewollten Anlehnung oder Übernahme geschützter Elemente vorgegebener Werke in Neuschöpfungen führt, unterscheidet sich deutlich von allen Fällen der Nachschöpfung und auch vom Musikzitat. Alle diese Erscheinungen setzen begrifflich das Bewußtsein des Autors voraus, fremdes Gedankengut zu verwerten, da ohne dieses Bewußtsein weder eine verarbeitende Nachschöpfung noch ein zweckgerichtetes Zitieren denkbar ist. Die Reminiszenz dagegen ist gerade durch das Fehlen dieses Bewußtseins gekennzeichnet.

Man könnte nun annehmen, daß eine derartige unbewußte, also doch mehr oder weniger zufällige Übereinstimmung neugeschaffener und vorgegebener Werke angesichts der Vielfalt musikalischer Gestaltungsmöglichkeiten eine theoretisch konstruierte Erscheinung darstellt, der keine praktische Bedeutung zukommt. Eine solche Annahme wäre irrig. Die Musikgeschichte zeigt, daß derartige, oft unerklärliche Übereinstimmungen überraschend häufig auftauchen und in jeder Epoche des Kunstschaffens zu finden sind²²⁵⁾, daß also die Beurteilung dieser Erscheinungen keine nur theoretische, sondern eine auch praktisch sehr bedeutsame Frage darstellt.

2) Rechtliche Beurteilung

Die Lösung dieser Frage ist weniger dogmatisch als vielmehr in der praktischen Reditsanwendung problematisch.

Es ist nach den Grundgedanken des Urheberrechts kaum bestreitbar, daß die unbewußte Anlehnung an geschütztes Gedankengut keine Urheberrechtsverletzung darstellen kann. Marwitz-Möhring²²⁶⁾ weist mit Recht darauf hin, daß eine derartige Annahme die Einbeziehung des dem Kunstschutzes fremden Prioritätsgedankens in das Urheberrecht bedeuten würde. Auch die übrige Literatur lehnt, soweit ersichtlich, einmütig die Annahme einer Urheberrechtsverletzung bei unbewußter Entlehnung ab²²⁷⁾. Dem ist beizutreten.

Die eigentliche Schwierigkeit bei Beurteilung des Einzelfalles liegt aber in der Feststellung, ob es sich in der Tat um eine unbewußte Anlehnung an das geschützte Werk handelt oder ob nicht doch eine bewußte, aber verschleierte, plagiatorische Anlehnung an das Original vorliegt. Diese Frage ist im Wege freier Beweiswürdigung, in der Regel wohl unter Zuziehung

²²⁵⁾ man vgl. hiezu die zahlreichen Beispiele bei R. Engländer in Ufita 3, S. 40, sowie Riedel GRUR 1949, 236

²²⁶⁾ S. 149, ebenso Hubmann, schöpf. Geist S. 55

²²⁷⁾ Allfeld LUG § 13, Anm. 8, Gerst S. 44, Brün S. 53, Baumann S. 173, Holstein GRUR 1915, 135, K. Engländer, Ufita 3, 20, Riedel GRUR 1949, 236

von Sachverständigen, zu klären, wobei die Betrachtung des Gesamtbildes der beiden in Frage stehenden Werke wertvolle Dienste leisten wird. Bei einer unterbewußten Übernahme werden die entnommenen Werkzeuge zwangsläufig in Zusammenhang mit der Eigenschöpfung des Autors eine organischere, geschlossenere Einheit bilden, als bei bewußter, verschleieter Entlehnung, die in der Regel ein nicht organisch gewachsenes, sondern künstlich konstruiertes Gebilde zum Ergebnis haben wird.

Die Nachprüfung des objektiven Tatbestandes läßt also wertvolle Schlüsse auf die subjektive Einstellung des Autors zu²²⁸⁾.

Außer diesem Anhaltspunkt läßt sich eine generelle Norm für die Beurteilung nicht aufstellen, und es muß dem einfühlungsfähigen Ermessen des Richters überlassen bleiben, im Einzelfall die Reminiszenz von der Nachschöpfung zu unterscheiden.

²²⁸⁾ so Baumann S. 175, ähnlich Goldbaum S. 161

V. ABSCHNITT

Die Erscheinungsformen der abhängigen Nachschöpfung

Nachdem nun das Problem der Abgrenzung zwischen freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung in der Musik bis in seine Einzelheiten beleuchtet wurde, ist eine klare Erfassung des Begriffes der abhängigen Nachschöpfung möglich.

Sie stellt sich in ihrem gegenständlichen Sinn²²⁹⁾ als eine individuelle, musikalische Schöpfung dar, die unter Verarbeitung individueller Züge eines vorgegebenen Werkes entstanden ist ohne das Ergebnis freier Werknutzung zu sein, d. h. ohne gegenüber dem benutzten Werk oder Werksteil eine eigenständige innere Ordnung aufzuweisen.

Sie ist ein Sammelbegriff für alle Kunstwerke, die zwar ihrerseits die Schutzelemente eines rechtlich schutzfähigen Werkes aufweisen, aber auf unfreier Verwertung individueller Züge geschützter Werke oder Werksteile beruhen.

Als solcher umfaßt sie eine Vielzahl von musikalischen Erscheinungen, die nachstehend dogmatisch zu beschreiben und zu ordnen sind.

§ 11 Die musikalische Bearbeitung

I. Begriffsklärung

Der Begriff der abhängigen Nachschöpfung als Sammelbegriff ist in der Urheberrechtsdogmatik verhältnismäßig neu. Er ist den Urheberrechtsgesetzen fremd, in denen nur die Begriffe Bearbeitung (§§ 2, Abs. 1, 12 LitUrHG) und freie Benutzung (§§ 13 LitUrHG, 16 KunstUrHG) zu finden sind. Hievon ausgehend glaubte man in Wissenschaft und Praxis geraume Zeit hindurch, das Wesen jeglichen Nachschaffens durch den Begriffsgegensatz freie Benutzung — Bearbeitung klären zu können²³⁰⁾. Erst als die Praxis unter dem Einfluß dieser Begriffsbildung zu unbefriedigenden Ergebnissen kam²³¹⁾, erkannte man, daß die Bearbeitung nur eine, nicht aber die einzige Form der unfreien Nachschöpfung sein konnte. Marwitz-Möhring²³²⁾ betonte dies erstmals im Hinblick auf das Abgrenzungsproblem, indem er zutreffend hervorhob, die Bearbeitung im engeren Sinn sei als notwendig unfreie Benut-

²²⁹⁾ als Schöpfungsergebnis vgl. oben § 5, II

²³⁰⁾ so z. B. Allfeld LUG § 13 Anm. 2, Baumann S. 37

²³¹⁾ vgl. die schon oben, § 7, III, 1 erörterten Entscheidungen RG 63, 158; 82, 16

²³²⁾ S. 136

zung zunächst auszuscheiden, ehe eine endgültige Grenzziehung zwischen freier und unfreier Benutzung vorzunehmen sei. Hieran anknüpfend erfaßte Kühnemann²³³⁾ das Wesen der Bearbeitung als einer Unterart der unfreien Nachschöpfung auch sprachlich, indem er ausführte, von einer Bearbeitung könne begrifflich nur gesprochen werden, wenn erstrebt werde, das Originalwerk zur Geltung zu bringen, seine Wirkungsmöglichkeiten zu erweitern, dem Originalwerk irgendwie zu dienen. Hieraus zog Kühnemann die Folgerung, daß für die Bearbeitung eine gewollte, tatsächlich erkennbar werdende Unterordnung unter das Originalwerk kennzeichnend sei. Dieser Darlegung folgte Ulmer²³⁴⁾ und führte sie dahingehend fort, daß er den auch der vorliegenden Arbeit zugrunde liegenden Begriff der abhängigen Nachschöpfung als Sammelbegriff prägte²³⁵⁾. In der Bearbeitung sieht Ulmer²³⁶⁾ folgerichtig nur einen Fall der Nachschöpfung, den wichtigsten allerdings. Hieran anknüpfend läßt sich der Begriff der Bearbeitung wie folgt umschreiben:

Bearbeitung ist jede auf der Verwertung geschützter, vorgegebener Werkselemente beruhende Neuschöpfung, die in gewollter, erkennbarer Abhängigkeit von dem Originalwerk dessen Darstellung in geänderter Gestalt erstrebt.

II. Erscheinungsformen der musikalischen Bearbeitung

Obwohl ein so verstandener Bearbeitungsbegriff gegenüber der früheren Betrachtungsweise²³⁷⁾ stark eingeschränkt ist, umfaßt er noch eine Vielzahl so verschieden gestalteter, künstlerischer Gebilde, daß eine umfassende, kaustische Darstellung unmöglich erscheint. Es seien daher nur die wesentlichsten Formen aus dem praktischen Musikleben herausgegriffen.

1) Das Arrangement

Die weitaus bedeutendste Form der musikalischen Bearbeitung in der heutigen Zeit ist das Arrangement. Schon in den einleitenden Ausführungen zu dieser Arbeit wurde darauf hingewiesen, daß in weiten Gebieten des zeitgenössischen Musiklebens nahezu ausschließlich bearbeitete Musikwerke zur Aufführung gelangen.

Der Begriff des Arrangements ist ein sehr weitgreifender, sein Wesen ein vielgestaltiges. Er umfaßt das skizzenhafte Rahmenarrangement für ein improvisierendes Ensemble, das sich auf die Niederlegung einer Einleitung und Schlußfigur, einiger Überleitungs- und Modulationsfiguren und auf die rhythmische oder harmonische Unterstreichung gewisser Teile des Werkes beschränkt. Er greift aber auch bis zur Ausarbeitung eines umfangreichen, vielfach modulierenden und variierenden Orchestersatzes an Hand einer vom Originalautor herrührenden 16-taktigen oder gar nur 12-taktigen Skizze.

²³³⁾ Ufita 1943, S. 9 ff.

²³⁴⁾ UR S. 159

²³⁵⁾ zustimmend auch Hubmann, schöpf. Geist S. 125

²³⁶⁾ UR a.a.O.

²³⁷⁾ vgl. die Zitate unter Anm. 230 und 231

Das Arrangement ist der Prototyp der musikalischen Bearbeitung, da sich kein Arrangement denken läßt, das rechtlich nicht notwendig als Bearbeitung zu qualifizieren wäre. Nach unten hin, zur Werkveränderung ohne schutzwürdige Individualität, begrenzt sich das Arrangement wie die Bearbeitung. Eine bloß mechanische Wiedergabe eines Tonwerks in transponierter Form, bloße Kürzungen u. ä., können nicht als Arrangement bezeichnet werden; das Arrangement ist notwendigerweise Nachschöpfung im technischen Sinn. Es trägt auch wie die Bearbeitung, die begriffliche Bestimmung zur Abhängigkeit vom Originalwerk in sich. Das Arrangement dient notwendig der Darstellung des arrangierten Werkes, es zielt auf Ausgestaltung und Hervorhebung der Züge des bearbeiteten Werkes, nicht auf deren Umgestaltung und Verschmelzung im nachgestalteten Werk ab.

Der Begriff des Arrangements umfaßt also jede schöpferische Ausgestaltung eines Tonwerks zur Wahrnehmbarmachung durch einen vom Originalwerk nicht vorgesehenen Klangkörper, wie z. B. die Umsetzung eines Klavierstückes in einen polyphonen Orchestersatz, die Einrichtung eines Orchesterwerkes für ein Soloinstrument, die Umarbeitung einer großen Orchesterpartitur für eine kleine Orchesterbesetzung. All diese Veränderungen des Tonwerks erfordern künstlerisches Einfühlungsvermögen und künstlerische Intuition, ihr Ergebnis sind Nachschöpfungen, Bearbeitungen.

Auch die harmonische und rhythmische Ausgestaltung eines melodischen Gebildes wird vom Arrangementsbegriff umfaßt, solange die Struktur des vorgegebenen Werkes erhalten bleibt²³⁸). Der Begriff des Arrangements ist allerdings nur in der sogenannten leichten Muse, in der Welt der Schlager und Tanzmusik, der leichten Unterhaltungsmusik und nicht zuletzt in der Jazzmusik, gebräuchlich. Die Kunstmusik, in der die musikalische Bearbeitung von außerordentlich geringer Bedeutung ist, verwendet hierfür die dem Arrangementsbegriff nahe verwandten Begriffe der Transskription und der Paraphrase, die im Grunde ebenfalls geänderte Einrichtung eines Werkes für einen im Originalwerk nicht vorgesehenen Klangkörper bezeichnen.

2) Die musikalische Improvisation

Die Anführung der musikalischen Improvisation im Rahmen der Erörterung der Erscheinungsformen musikalischer Bearbeitungen ist nur bedingt berechtigt. Zeichnete sich das musikalische Arrangement dadurch aus, daß es sich in seinen Erscheinungsformen auf das Gebiet der musikalischen Bearbeitung beschränkte, so ist der Begriff der musikalischen Improvisation gegenüber den urheberrechtlichen Schutzelementen neutral und umfassend. Improvisation bedeutet ganz allgemein Spiel aus dem Stegreif²³⁹). Improvisationen sind mit oder ohne Bindung an vorgegebenes Gedankengut denkbar, man kann außerdem zwischen voll improvisierten Stücken und Stücken mit improvisierten Einschiebungen unterscheiden²⁴⁰).

²³⁸) Hierüber hinausgreifende Änderungen eines Tonwerkes sprengen den Rahmen eines Arrangements, sie sind als freie Nachschöpfungen zu werten.

²³⁹) vgl. Stefan in Fischer Lex S. 28

²⁴⁰) ähnlich auch Stefan a.a.O.

Die frei und völlig improvisierte Tonstudie, die einer Augenblicksintuition des Künstlers entspringt, ist urheberrechtlich unproblematisch. Sie ist ein aus künstlerischem Allgemeingut intuitiv gebildetes, eigenständiges Werk. Problematisch ist die nachschöpferische Improvisation, die geschützte Werks-elemente eines vorgegebenen Werkes übernimmt, die „über ein bestimmtes Thema“ improvisiert oder sich mindestens eines gewissen Improvisations-schemas harmonischer oder melodischer Art bedient. Diese Arten der Improvisation sind auch die im praktischen Musikleben weitaus bedeutenderen, sie kennzeichnen das Wesen der Jazzmusik und nehmen hievon ausgehend auch in der heutigen Tanz- und Schlagermusik, die weitgehend von den Elementen des Jazz beeinflusst ist, weiten Raum ein. Diese Musikrichtungen müssen den Maßstab für die praktische Beurteilung der Improvisation bilden, denn in der Kunstmusik hat die Improvisation ihre frühere Bedeutung, die sie zuletzt noch in der sogenannten „Konzert-Kadenz“ in etwas kümmerlicher Form bewahren konnte, längst verloren. Der „schöpferische Interpret“²⁴¹⁾ hat dort keine Daseinsberechtigung mehr, um so mehr als er in den kompliziert und detailliert ausgearbeiteten Konstruktionen der Werke der zeitgenössischen Kunstmusik für seine Augenblicksintuition auch seit längerer Zeit keinen Raum mehr finden konnte²⁴²⁾. Die Beurteilung seines Wirkens muß sich also auf die vorweggenannten Gebiete verlagern, in denen er wirkt, in denen seine Improvisation eine bedeutende, vielfach zentrale Stellung einnimmt.

Die dort, also im Jazz und der angrenzenden Tanz- und Schlagermusik vorkommende Improvisation ist, und das ist der Grund, weshalb sie an dieser Stelle zu erörtern war, in aller Regel eine bearbeitende, abhängig nachschaffende Improvisation. Sie steht auf dem melodischen und harmonischen Gefüge des zu interpretierenden Werkes. Dieses wird in der Regel vorangestellt, mehrfach abgewandelt und ausgestaltet und abschließend reisenartig wiederholt. Die so aufgebaute Improvisation gewinnt ihre künstlerische Individualität, ihren Schöpfungscharakter aus der eigenartigen, intuitiven Durchführung des vorgegebenen Themas, die sich von melodischer Paraphrasierung über harmonische Modulationen bis zur völlig freien Rhythmisierung im metrischen Rahmen erstreckt, wobei der Tonbildung eine besondere, der Kunstmusik fremde, dynamische Bedeutung zukommt.

Ihre gewollte Abhängigkeit vom Originalwerk demonstriert die Improvisation dieser Art durch die zweifache im wesentlichen unveränderte Wiedergabe des zu bearbeitenden Themas zu Beginn und am Ende der Interpretation. Diese Umstände lassen den Schluß zu, daß der Regelfall der Jazzinterpretation eines vorgegebenen Themas oder der jazzähnlichen Interpretation eines Schlagerthemas eine vom zugrunde gelegten Thema abhängige Bearbeitung zum Ergebnis hat, deren gemeinsame Autoren die improvisierenden Musiker sind.

²⁴¹⁾ vgl. Pfitzner Bd. III, S. 14

²⁴²⁾ Pfitzner a.a.O. bezeichnet den schöpferischen Interpreten als einen Widerspruch in sich selbst, ähnlich mehrfach Strawinskij in „Erinnerungen“.

Eine derartige Beurteilung wird auch den praktischen Bedürfnissen der beteiligten Kreise voll gerecht. Sie gibt einmal jedem Komponisten die Möglichkeit, die Verbreitung und Verwertung einer ungewollten, jazzmäßigen Bearbeitung seiner Werke in ihren individuellen Zügen zu verhindern und ermöglicht zum anderen einem interessierten Jazzinterpreten die Bekämpfung plagiatorischer Nachahmungen seiner Improvisationen, für deren Unrechtmäßigkeit in Jazzkreisen ein starkes Empfinden vorhanden ist.

Ein derartiger Bearbeitungscharakter der Improvisation ist aber nur grundsätzlich gegeben. Abgesehen von den praktisch seltenen Fällen der völlig freien Improvisation sind auch solche Improvisationen, die sich lediglich auf gewisse Schemen melodischer oder harmonischer Art stützen²⁴³⁾, nur auf künstlerisches Allgemeingut aufgebaut und somit eigenständig. Auch Fälle freier Nachschöpfung sind denkbar, wenngleich die improvisatorische Schaffung einer eigenständigen inneren Neuordnung nur vereinzelt vorkommen wird. Demgegenüber wird nicht jede Improvisation den Charakter einer individuellen Schöpfung aufweisen. Nur wenn sie sich soweit vom Original löst, daß von einer eigenartigen Abwandlung des benutzten Themas gesprochen werden kann, liegt eine Nachschöpfung vor.

Abschließend ergibt sich aus dieser Betrachtung, daß eine musikalische Improvisation nur im Einzelfall zutreffend beurteilt werden kann. Sie wird in der Regel als Bearbeitung anzusehen sein, es können ihr aber auch die Züge einer freien Nachschöpfung anhaften oder die Begriffserfordernisse einer Nachschöpfung ganz fehlen.

3) Das Potpourri

Das Potpourri, die Zusammenstellung verschiedener, normalerweise bekannter und beliebter Melodien unter einem bestimmten ordnenden Gesichtspunkt, ist ebenfalls in aller Regel als Bearbeitung zu werten. Allerdings ist bei seinen Erscheinungsformen besonders sorgfältig zu prüfen, ob das entstandene Gebilde als Nachschöpfung, als schutzfähiges Tonwerk, angesehen werden kann. Erforderlich ist in der Hauptsache eine neue, eigenartige Gesamtwirkung, die aus der künstlerischen Zusammenstellung und Verbindung der einzelnen Teile des Potpourris erwächst²⁴⁴⁾.

Im allgemeinen wird die Beurteilung eines Potpourris keine rechtlichen Schwierigkeiten bereiten.

4) Die Fantasie und verwandte Formen

Fantasien, Reverien und ähnliche Gebilde, die nicht selten auch zu Unrecht als Variationen, Suiten oder ähnlich bezeichnet werden, stellen eine Gruppe von musikalischen Erscheinungen dar, die vermöge ihrer weitgehend freien, unfaßbaren Gestaltungsmöglichkeiten besonders beliebt zur Umkleidung musikalischer Plagiate sind. Als erkennbare, gewollt dem Originalwerk untergeordnete Bearbeitungen eines Originalwerks kommen diese

²⁴³⁾ man denke etwa an das 12-taktige Harmonieschema des Blues oder an eine Improvisation über einen chromatischen Melodiegang.

²⁴⁴⁾ vgl. hierzu RG 153, 71; Baumann S. 149

Erscheinungen nur selten vor. Ebenso selten gestalten sie ausschließlich eigene Gedanken, sie stellen vielmehr in der Regel Verbindungen eines oder mehrerer vorgegebener Themen mit eigenen Zwischenspielen zu einem einheitlichen Ganzen dar²⁴⁵⁾.

Derartige Erscheinungen sind rechtlich mit besonderer Vorsicht aufzunehmen. Nachschöpfungscharakter wird ihnen in aller Regel zukommen. Unabhängigkeit wird man ihnen jedoch nur nach besonders eingehender Prüfung der Abgrenzungsfrage zubilligen, wobei weniger auf die Bearbeitungseigenschaft als vielmehr auf den nachfolgend zu erörternden Plagiatscharakter abzustellen ist.

§ 12 Das musikalische Plagiat

I. Begriffsklärung

Die zweite wesentliche Erscheinungsform der abhängigen Nachschöpfung neben der Bearbeitung ist das Plagiat, dessen im folgenden vorzunehmende Erörterung zunächst eine Klärung des Rechtsbegriffes des Plagiats notwendig macht.

Der Plagiatsbegriff der Kunstästhetik und des allgemeinen Sprachgebrauchs kann für die Rechtsdogmatik nicht unverändert übernommen werden, er ist unbestimmt, dehnbar und nicht frei von Überspitzungen. Diese Mängel des rechtlichen unbeeinflussten Plagiatbegriffs, die die Urheberrechtsdogmatik klar erkannt und hervorgehoben hat²⁴⁶⁾, beruhen auf dem teilweise stark übertriebenen Bemühen der Kunstkritik, jegliche auch nur unklar hervortretende Ähnlichkeit in der Kunst als Plagiate zu brandmarken, einem Bestreben, das mit Recht zur Prägung des Schlagwortes von „unsinniger Plagiatschnüffelei“²⁴⁷⁾ geführt hat.

Die rechtliche Betrachtungsweise, die frei von jeder übertriebenen ästhetischen Feinfühligkeit von der Warte eines gesunden Empfindens für die Bedürfnisse der Kunst und Wissenschaft die Beurteilung etwaiger Übereinstimmungen in Werken der Kunst und Literatur vorzunehmen hat, war gezwungen, den Plagiatsbegriff stark einzuschränken, um ihm rechtliche Kennzeichnungsfähigkeit zu vermitteln. In diesem berechtigten Bestreben ging die Dogmatik zunächst sogar so weit, den Plagiatsbegriff auf die Delikte der §§ 44 LitUrhG, 40 KunstUrhG zu beschränken²⁴⁸⁾. Später erkannte man, daß diese Beschränkung eine zu enge war und kennzeichnete das Plagiat als eine bewußte Urheberrechtsverletzung, besonders charakterisiert durch einen in einer ungerechtfertigten Anmaßung des Urheberrechts an benutzten Werkelementen liegenden Angriff auf die Persönlichkeitsrechte des Originalautors²⁴⁹⁾. Diese Begriffsbestimmung, der beizutreten ist, bewirkt, daß dem Plagiat begrifflich stets die Absicht zugrunde liegt, die Übernahme

²⁴⁵⁾ ähnlich Baumann S. 150

²⁴⁶⁾ vgl. Marx in GRUR 1917, 179 ff., K. Engländer in Ufita 3, 20 ff., Ulmer UR S. 160

²⁴⁷⁾ vgl. K. Engländer, Ulmer a.a.O.

²⁴⁸⁾ so Allfeld LUG § 44 Anm. 1; Riezler S. 188

²⁴⁹⁾ so K. Engländer in Ufita 3, 20 ff., Ulmer UR 161

fremden Gedankengutes zu verschleiern, die Spuren der vorgegebenen Elemente durch Änderungen zu verwischen und durch Nutzbarmachung des vorgegebenen Werkes den Anschein eigener Urheberschaft zu erwecken²⁵⁰⁾.

In dieser beschränkten Begriffsbestimmung grenzt sich das Plagiat im Rechtssinn deutlich in mehrfacher Hinsicht ab.

Es ist zu unterscheiden von der unbewußten, unterbewußten Übernahme fremden Gedankengutes, der Reminiszenz, der die Eigenschaften einer bewußten Urheberrechtsverletzung fehlen.

Es ist ferner zu trennen von der Übernahme ungeschützter Werkselemente, sei es von der Übernahme allgemein zugänglicher oder kennzeichnungsunfähiger Werksbestandteile, sei es von der Benutzung gemeinfreier Werke²⁵¹⁾.

Diese beiden Beschränkungen vermitteln die Erkenntnis, daß die Erscheinungsformen des Plagiats begrifflich Nachschöpfungscharakter aufweisen. Das Begriffsmerkmal der Urheberrechtsverletzung scheidet überdies die Fälle der rechtmäßigen, der freien Nachschöpfung aus dem Plagiatsbegriff aus, der sich sonach auf das Gebiet der abhängigen Nachschöpfung beschränkt. Von der Bearbeitung wird das Plagiat durch seine Zielsetzung abgegrenzt, es hat nicht wie die Bearbeitung die Absicht, dem Originalwerk zu dienen, es in erweiterter Ausdrucksmöglichkeit darzustellen, sondern es zielt auf Ausbeutung, verschleierte Einschmelzung des Originalwerkes in der Nachschöpfung ab²⁵²⁾.

II. Die Erscheinungsformen des Plagiats

Mit den Erscheinungsformen des Plagiats im Sinne vorstehender Begriffsbeschreibung befaßt sich ausführlich K. Engländer in der speziell dieser Frage gewidmeten Abhandlung in Ufita 1930, S. 20 ff. Er sieht in seiner Erörterung vor, die Plagiatsformen in vier Gruppen zu unterteilen und

das Zitat ohne Quellenangabe

den totalen oder partiellen Nachdruck

die mittelbare Aneignung fremden Gedankengutes unter Verschweigung der Quelle und

die verbotene Melodieübernahme

zu unterscheiden.

Eine nähere Betrachtung der beiden erstgenannten Erscheinungsformen ergibt, daß sie sich im Grunde nicht unterscheiden. Das Zitat ist gekennzeichnet durch seine unveränderte Übernahme fremden Gedankengutes. Wird ohne Quellenangabe, also in einer Form zitiert, die die Erkennbarkeit des Zitates als fremdes Gedankengut ausschließen will, so steht das „Zitat“,

²⁵⁰⁾ so vor allem Kühnemann, Ufita 1943, 9 ff.

²⁵¹⁾ Auch der letzte Fall, die verschleierte Benutzung gemeinfreier Werke, kann keinen rechtlichen Plagiatsvorwurf begründen, mag auch ein ästhetischer Plagiatsvorwurf gerechtfertigt sein.

²⁵²⁾ Daß der Abgrenzung zwischen Bearbeitung und Plagiat wegen ihrer einheitlichen Beurteilung keine praktische Bedeutung zukommt, betont mit Recht Ulmer UR S. 159.

dem die Erkennbarkeit als Wesensmerkmal des Zitates fehlt, begrifflich wie praktisch dem partiellen Nachdruck gleich. Eine dogmatische Unterscheidung erscheint daher nicht gerechtfertigt.

Ebenso wenig ist ein Wesensunterschied zwischen der Melodieübernahme und der sonstigen verschleierte Übernahme veränderten Gedankengutes zu ersehen. Die Untersuchungen über das Wesen des Melodienschutzes im Rahmen dieser Arbeit ²⁵³⁾ haben gezeigt, daß der Melodienschutz dem Grunde nach den allgemeinen Lehren des Urheberrechts über die Schutzelemente der Werke entspringt und nur in seinem Umfang eine Besonderheit bildet. Dieses besondere Abgrenzungsproblem rechtfertigt nicht eine systematische Ausgliederung des Melodieplagiats aus den übrigen mittelbaren Plagiaten an Werken der Tonkunst, da ja der Plagiatsbegriff wegen des ihm eigenen Merkmals der Urheberrechtsverletzung trotz der erweiterten Umgrenzung des Melodieplagiats dessen Einbeziehung unschwer ermöglicht.

Geht man hievon aus, so lassen sich die Plagiate im Gegensatz zu K. Engländer a. a. O. sinnvoll in nur zwei Gruppen einteilen, und zwar einmal in die unmittelbare, unveränderte Übernahme fremder Werkszüge unter Urheberrechtsanmaßung und zum anderen in die mittelbare, veränderte, verarbeitende Übernahme solcher Werkszüge.

Der ersten Gruppe, dem besonders dreisten Plagiat, das die fremden Werkszüge so, wie sie vorzufinden sind, übernimmt und im eigenen Werk wiedergibt, kommt naturgemäß nur geringe praktische Bedeutung zu, obwohl auch solche Plagiate vorgekommen sind und vorkommen können ²⁵⁴⁾.

Die zweite Gruppe, die veränderte Übernahme fremder Werkszüge, bildet das eigentliche Anwendungsgebiet des Plagiatbegriffes. In der Verarbeitung und Umgestaltung des übernommenen Gedankengutes findet der Plagiator das erwünschte Mittel, seinen geistigen Diebstahl zu verschleiern und zu bemänteln. Die Abgrenzung dieser Form von Plagiaten von den Fällen schutzwürdigen Werkschaffens im Rahmen zulässiger, freier Benutzung bildet das eigentliche Anwendungsgebiet für die praktische Verwertung der im Rahmen dieser Arbeit zusammengefaßten Abgrenzungsdogmatik. Die musikalischen und künstlerischen Gestalten, in denen solche Plagiate auftauchen können, sind vielgestaltig und unübersehbar wie die Welt der Musik selbst. Jede musikalische Ausdrucksmöglichkeit von der Symphonie bis zum einfachsten Schlager, von der Opernarie bis zum Gassenhauer, kann dazu mißbraucht werden, fremdes Gedankengut als eigenes darzustellen und auszugeben.

Ästhetisches Empfinden, gepaart mit klarem dogmatischem Denken und sicherem Rechtsgefühl muß die rechte Grenze zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Geistesschaffen, zwischen ausbeuterischem Plagiat und ehrlichem Streben nach eigenständigem Werkerleben ziehen.

²⁵³⁾ vgl. oben § 9

²⁵⁴⁾ vgl. hiezu die Beispiele bei K. Engländer a. a. O. und auch bei R. Engländer in Ufta 3, 33 ff.

§ 13 Sonstige Formen der abhängigen Nachschöpfungen

Die beschriebenen Erscheinungen der abhängigen Nachschöpfung, nämlich die Bearbeitung und das Plagiat, ergreifen nicht alle denkbaren Formen der abhängigen Nachschöpfung. Die Bearbeitung fordert begrifflich gewollte Unterordnung der Nachschöpfung unter das Originalwerk, das Plagiat im Sinne des dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffs fordert bewußte Verschleierung, Verschweigung der Fremdheit des benutzten Gedankengutes. So verbleibt zwischen beiden Begriffen eine Lücke, in die eine dritte Art der Nachschöpfung fällt, die man mit Kühnemann²⁵⁵⁾ als die Fälle mißglückter, freier Benutzung kennzeichnen könnte.

Es sind dies Werke, deren Autor zu erkennen gibt, daß er fremdes Gedankengut verarbeiten will, indem er etwa anführt, sein Werk sei frei nach diesem oder jenem Künstler gestaltet, wobei er aber gleichzeitig beabsichtigt, das benutzte Werk im Rahmen freier Benutzung soweit umzugestalten, daß das Ergebnis als unabhängige Nachschöpfung zu werten sein soll. Gelingt es ihm nicht, sich hinreichend von dem Vorbild zu lösen, so bleibt seine Nachschöpfung eine abhängige, ohne daß sie als Bearbeitung oder Plagiat gekennzeichnet werden könnte. Es braucht nicht betont zu werden, daß derartige musikalische Gebilde höchst selten vorkommen werden und daß die Grenzen zwischen dieser und den übrigen Erscheinungsformen der abhängigen Nachschöpfung flüssig und im Einzelfall nicht ohne weiteres zu ziehen sind. Hierfür besteht auch in Anbetracht der einheitlichen Regelung kein praktisches Bedürfnis²⁵⁶⁾. Lediglich der systematischen Vollständigkeit halber erschien es angezeigt, auf diese Erscheinungen hinzuweisen, um dadurch das dogmatische System freier Benutzung und abhängiger Nachschöpfung in der Musik abschließend abzurunden.

²⁵⁵⁾ Ufita 1943, S. 9 ff.

²⁵⁶⁾ vgl. hiezu oben Anm. 252

LEBENS LAUF

Als Sohn des Bundesbahnoberwerkmeisters Josef Peter und seiner Ehefrau Franziska, geb. Zengerle, wurde ich am 30. Oktober 1933 in München geboren. Zusammen mit meinem um 5 Jahre älteren Bruder verlebte ich die Kindheit im Hause meiner Eltern. Nach meiner Grundschulausbildung in den Jahren 1939 bis 1943 an der Münchner Volksschule an der Bergmannstraße und nach anfänglichem Privatunterricht in den Kriegsjahren 1944 und 1945, trat ich nach Kriegsende 1946 in die 2. Klasse der Ludwigs-Oberrealschule in München ein. In den folgenden Jahren bereitete ich mich dort auf die Reifeprüfung vor, die ich im Juni 1952 an dieser Anstalt ablegte. Vorher hatte ich in den Jahren 1950 und 1951 Gelegenheit, neben meiner Schulausbildung am Händel-Konservatorium in München, einer privaten Musikschule, Musiktheorie und Klavier zu studieren. Vom Wintersemester 1952/53 an studierte ich Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität in München und legte im Sommer 1956 die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit September 1956 stehe ich in München als Rechtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst.

